Der

gemeine deutsche bürgerliche

Prozeß

in Vergleichung

mit dem preußischen und französischen Civilverfahren und mit den neuesten Fortschritten der Prozeßgesetzgebung

von

Dr. C. J. A. Mittermaier,

Geheimem Hofrath und Professor zu Heidelberg.

Zweiter Beitrag.

Zweite durchaus umgearbeitete und sehr vermehrte Auflage.

Bonn, 1827.

Bei Adolph Marcus.

Inhaltsanzeige.

			Seite
§.	I.	Gerichtsverfassung	3
§.	II.	Reinheit der Gerichte durch Befreiung von allen fremdartigen Geschäften	45
§.	III.	Einleitung eines Vorverfahrens vor dem Beginnen des Hauptprozesses	70
§.	IV.	System der Vertheidigung des Beklagten . . .	85
§.	V.	Ungehorsam der Partheien, insbesondere der Beklagten	106
§.	VI.	Verhandlungen nach der Aufnahme der Vertheidigung	135
§.	VII.	Beweisinterlocut	142
§.	VIII.	Gebot oder Begünstigung des antizipirten Beweises	162
§.	IX.	Urtheilsfällung und Urtheilsredaction	172

Der
gemeine deutsche bürgerliche
Prozeß.

§. I.

Gerichtsverfassung.

Wenn man die Leichtigkeit berücksichtigt, mit welcher man von den Gesetzesreformatoren über die Verbesserung des deutschen Prozesses bald durch Einführung der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit bald durch Anwendung des Untersuchungsprinzips sprechen hört, wenn man erwägt, daß in manchen deutschen Ländern nur Prozeßordnungen vorgelegt worden sind, ohne daß man erfuhr, auf welche Gerichtsorganisation als Voraussetzung das neue Verfahren gebaut werden sollte, so scheint es, daß nach dem Glauben Vieler das Verfahren in gerichtlichen Streitigkeiten ein Institut wäre, welches, wenn es auch in einer Form an einem bestimmten Orte gut wirkte, überall zu Hause wäre und daher überallhin in der nämlichen Form verpflanzt werden könnte. Der Boden, in welchen es verpflanzt werden soll, die Art der Personen, welchen die Pflege der neuen Anstalt anvertraut werden soll, und alle Umgebungen des Instituts im neuen Vaterlande schienen ohne Einfluß zu seyn. Unverkennbar aber weißet das unverwerfliche Zeugniß der Geschichte auf einen inneren wichtigen Zusammenhang zwischen der Gerichtsverfassung und dem gerichtlichen Verfahren hin. Wo in dem aus einem Richter bestehenden Gerichte eine Form als

höchst unpassend erscheint, wirkt sie bei der Collegial-
verfassung trefflich; wo unter der Voraussetzung der
letzteren eine gewisse Maxime des Verfahrens aus
dem Grunde, weil Controle und ein Ineinander-
greifen mehrerer Personen vorhanden ist, alles Lob
verdient, wird sie in den Händen eines Gerichts,
in welchem nur ein und dabei häufig noch mit allen
Attributen der vollziehenden Gewalt versehener Be-
amter die Rechtspflege ausübt, ein gefährliches Werk-
zeug. Von allen Seiten werden Klagen über den
gemeinen deutschen Prozeß laut, aber gewöhnlich
vergessen die Tadler den Sitz des Uebels in seinem
Urgrunde und in dem Mangel einer Grundlage zu
suchen. Mag man immer von einem gemeinen deut-
schen Verfahren sprechen; eine gemeine deutsche Ge-
richtsverfassung aufzustellen, ist eine vergebliche Be-
mühung, und es nimmt sich oft sehr erbaulich aus,
wenn römische Vorschriften, welche auf das Verhält-
niß von Praetor und Judex oder auf einen kaiserl.
Beamten sich beziehen, mit den Bestimmungen der
Päbste für ein geistliches Gericht, und den Vor-
schriften für die deutschen Reichsgerichte in einen
Topf geworfen werden, um daraus ein System zu
liefern, welches man deutsche Gerichtsverfassung
nennt, welches aber nirgends sich findet, und doch
vorhanden seyn soll, wenn die Bestimmungen über
das Verfahren eine Haltung, inneren Zusammen-
hang und Grundlage haben sollen. « Wenn der Geist,
welchem vielleicht die Verwaltung unseres Planeten
besonders anvertraut ist, sagt von Feuerbach in
seinem classischen Werke [1]) in irgend einer bösen
oder schalkhaften Laune unter alle mögliche Gerichts-

---

1) Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit
der Gerechtigkeitspflege. (Gießen, 1821.) S. 348.

arten, Gerichtsverfassungen und Gerichtsstände blind hineingegriffen, und soviel er mit beiden Händen fassen können, um doch zu sehen, was einmal daraus werden möge, auf einen engen Raum durcheinander ausgesäet hätte, so könnte das Gerichtswesen auf dem Felde dieser Aussaat nicht viel bunter, verworrener aussehen, als es jetzt in Deutschland hin und wieder leibhaft vor unseren wachenden Augen steht.» — Ja wohl ist es ein buntes Treiben, in dem was wir Gerichtsorganisation nennen, und es scheint täglich bunter zu werden, je mehr in manchen Staaten willkührlich oft Verbesserungsversuche gemacht werden, hier aus der Mitte des bisher durch die lange Uebung ziemlich gut zusammengefügten Systems ein Glied herausgerissen, dort ein neues Institut, welches eben die Mode anpreiset, dem alten Kleide angeheftet wird. — Es sey erlaubt von der großen Zahl einzelner Punkte, die bei der Gerichtsverfassung zur Sprache kommen, einige, welche besonders die Gegenstände lauter Discussionen und legislativer Experimente geworden sind, herauszuwählen, und die Verbesserungen der Zeit mit den Grundmerkmalen dieser Institute zu vergleichen. Unsere Betrachtung gelte

I. der Aufstellung von Gerichten, welche nur aus einer Person bestehen;
II. der herrschend gewordenen Ansicht über die Untergerichte und ihr Verhältniß zu den Obergerichtshöfen;
III. der Ausdehnung oder Beschränkung der Gerichtsbezirke;
IV. der Einrichtung der Friedensgerichte;
V. den privilegirten Gerichtsständen;
VI. der Patrimonialgerichtsbarkeit.

I. Erhält man von der Geschichte der Germanen das ununterbrochene Zeugniß, daß vom höchsten Königsgerichte und Grafendinge an bis zu dem Gerichte der Hofgemeinde und des Bauerrichters nicht der Vorsitzende das Urtheil fällte, sondern daß nur Schöppen das Urtheil fanden, welches der Vorsitzende aussprach, so kann man kaum begreifen, wie unser heutiges Verfahren entstehen konnte, nach welchem wir überall zerstreute Richter finden, welche ohne Zuziehung von Schöppen Prozesse allein instruiren und entscheiden, und eine für sich geschlossene Instanz bilden.

Noch bis in die letzten Zeiten haben sich die Ueberbleibsel der alt ehrwürdigen Sitte, besonders in den bäuerlichen Verhältnissen, und in den Hobs- und Latengerichten am Niederrhein und in Westphalen erhalten, und selbst in freien Gemeinden kommen merkwürdige Ueberbleibsel vor [2].

In den meisten Gegenden Deutschlands finden wir schon im XVI. Jahrhunderte die alte Sitte angegriffen und erschüttert; die steigende Landeshoheit, die Ausbildung des Beamtenverhältnisses, die Umwandlung der alten Rechtsbildung, der wachsende Einfluß der Juristen und der allmählig eingedrungene

---

2) Vorzüglich wichtig ist hier die in der Grafschaft Delbrük (in Westphalen) bis zur französischen Umgestaltung bewahrte Einrichtung, nach welcher alle Vollbauern zu gewissen Zeiten im Jahre sich versammelten, und durch Landurtheile ihre Sachen entschieden, der Droste hatte nur den Vorsitz, man ging ihm bis zu einer gewissen Mühle entgegen, und befragte ihn, ob er das Recht ihnen bringen, oder ob er es bei ihnen finden wolle, erst wenn er erklärte, daß er das letztere wollte, wurde er von den Schöppen in die Versammlung begleitet.

schriftliche Prozeß, müssen als die Gründe der Umwandlung angesehen werden. Je mehr das fremde Recht die entscheidende Norm wurde, je verwickelter die Rechtsvorschriften waren, nach welchen der Prozeß geführt wurde, je mehr die Doktoren in die Gerichtshöfe kamen, desto mehr fühlten die alten Schöppen ihre Entbehrlichkeit, und ihre unangenehme Lage, über Gegenstände zu entscheiden, welche von den ihnen weit überlegenen Juristen durch künstliche Rechtsbehandlung so verwickelt gemacht waren, daß der alte einfache Sinn nicht mehr zur Entscheidung hinreichen konnte. Die neu angestellten und besoldeten Landrichter, Amtleute, Pfleger waren gewöhnlich schon rechtsgelehrte Juristen; sie, die zuvor blos dem Gerichte hätten vorsitzen und dasselbe leiten sollen, wurden bald die Herren des Gerichts, die alten Schöppen blieben vom Gerichte weg, die Dingpflichtigkeit hörte auf, die angestellten Richter hielten es in ihrem Dünkel selbst für Schande, mit ungelehrten Schöppen zu Gericht zu sitzen, und erschwerten auf jede mögliche Art den Schöppen, wenn sie auch kommen wollten, ihr Amt; gewiß ist in vielen deutschen Gegenden der Grund des Verfalls der alten Einrichtung mehr in dem Ueberdrusse der Schöppen, die nicht mehr zu Gerichte zu kommen Lust hatten, weil sie sich zurückgesetzt fanden, als in einem positiven Gesetze, welches die Schöppenverfassung aufhob, zu suchen. In den Hofgerichten, auf welche als glänzende Umgebungen ihres Hoflagers bald die Fürsten stolz wurden, und wobei die Cammergerichtsverfassung nachgeahmt wurde, spielten die Doktoren die Hauptrolle, und der Adel nahm neben ihnen die Plätze ein. Auf das Land, wo sich Untergerichte bildeten, als Beisitzer zu gehen, und dort für unfreie Bauern (wie man glaubte) Recht zu sprechen, schien theils

den rechtsgelehrten Juristen nicht ehrenvoll, theils wegen der geringeren Zahl der vorkommenden Prozesse nicht einträglich genug, es kamen daher keine neuen gelehrten Beisitzer in die Untergerichte auf dem Lande, die alten Schöppen paßten nicht mehr zu dem neuen Verfahren, die Fürsten selbst hatten seit der Zeit, als alle Beamten besoldet wurden, keine Lust und nicht Geld genug, gelehrte Gerichtsbeisitzer für jedes Untergericht zu besolden, und so bildete sich allmählig die Einrichtung der Einzelnrichter als Richter erster Instanz aus, die wir jetzt noch in einem großen Theile Deutschlands bald von dem Regenten, bald von einem Patrimonialgerichtsherrn angestellt, bald mit Polizeigewalt, Civil- und Criminaljurisdiktion versehen, bald nur als Richter, bald allein nur mit Zuziehung eines Schreibers, bald mit zwei Beisitzern die Rechtspflege üben sehen. Vergeblich aber muß jede Verbesserung des Verfahrens erscheinen, so lange diese Einzelnrichter die ordentlichen Richter erster Instanz sind. Nur die Collegialverfassung entspricht, wie in neuester Zeit v. Feuerbach[3]) trefflich gezeigt hat, der Gerechtigkeit. — Einzelnrichter sind zu leicht taugliche Werkzeuge des Despotismus, und sind unverträglich mit der Würde der Gerechtigkeit, die nicht in Meinungen eines Einzelnen, oft den Orakelsprüchen gleichend, besteht, sie werden um so gefährlicher, jemehr derjenige, welcher allein und unumschränkt dasteht, zu leicht verleitet wird, seine Gewalt zu mißbrauchen; sie sind aber doppelt gefährlich an allen Orten, wo, wie v. Feuerbach treffend sagt, der Richter noch in der rechten Hand den Richterstab, und in der linken den Stecken der politischen Gewalt sammt der Polizeigeisel führt.

---

3) Betrachtungen S. 364.

Nur Collegien, bei welchen das Urtheil aus der freien Berathung selbstständiger Männer hervorgeht, wo in der Uebereinstimmung der Mehrzahl, welche alle Gründe der Gegner kennen gelernt und geprüft hat, eine Bürgschaft für die Wahrheit liegt; nur Collegien finden das Recht, entsprechen allein dem germanischen Charakter, und der seit Jahrhunderten bewährten Einrichtung; sie liefern den Partheien eine Sicherheit für die Wahrheit des Ausspruchs, während bei dem Einzelnrichter sein Ausspruch nur seine Meinung ist, und die Partheien diese durch nichts verbürgte, und durch keine Berathung gesicherte Meinung des Einzelnen unmöglich mit Vertrauen auf die Gerechtigkeit betrachten können. Vor allem aber ist diese Einzelnrichterherrschaft unverträglich mit der in neuerer Zeit laut gefoderten Oeffentlichkeit. [4]) Welch unwürdiges Bild der Oeffentlichkeit muß diejenige seyn, welche blos in geöffneten Gerichtsthüren besteht, und wo vor einer Person die Partheien sprechen, wo nach geschlossenen Verhandlungen der Richter hinter den Vorhang verschwindet, um nach einiger Zeit herauszutreten, und seine Meinung als ein sogenanntes Urtheil auszusprechen. Wo Einzelnrichter sind, herrscht immer nur Geheimniß der Rechtspflege, weil nur das Resultat die Selbstberathung des Richters ihnen offenbart wird, dasjenige aber, was dies Resultat hervorbrachte, für sie hier nothwendig geheim bleiben muß, während die wahre Oeffentlichkeit gerade ihre Bedeutung da bekömmt, wenn die Partheien sich auch von der Art, wie der Richterspruch gefaßt worden ist, sich überzeugen können.

---

4) v. Feuerbach. S. 369.

Mögen darum diejenigen, welche wie mit einem Zauberschlage die Oeffentlichkeit eingeführt haben wollen, diejenigen, welche noch zugleich Anträge auf Verminderung der Advokaten machen, wohl erwägen, was vorerst Noth thut, damit nicht das neue ehrwürdige Institut der Oeffentlichkeit, höchst einflußreich da, wo es unter passenden Umgebungen in den gehörig dazu vorbereiteten Boden mit Ernst und in wahrer Ausdehnung verpflanzt wird, dem Volke, dem Wunderdinge versprochen worden, zum Gespötte werde, und den Sinn für wahre Publizität vertilge. Mögen vor allem unsere Reformatoren dahin wirken, daß vorerst Collegialverfassung aller Gerichtshöfe im Sinne des den Germanen eingebornen Rechtsgefühls wieder eingeführt werden! Mögen besonders diejenigen, welche uns die Trefflichkeit der Untersuchungsmaxime preisen, welche von der Belebung der Mündigkeit des Volks, von der Vernichtung der Advokatenherrschaft, von der Einführung der Mündlichkeit sprechen, die Gefahr erwägen, welche nothwendig aus den neuen Einrichtungen da hervorgeht, wo sie den ihrer Natur widersprechenden Einzelnrichtern angepaßt werden sollen. Man schien zu vergessen, daß in Preußen durch ein wohlberechnetes Ineinandergreifen der verschiedenen bei der Prozeßführung thätigen und einander controlirenden Personen, und durch die Kollegialeinrichtung das Untersuchungsprinzip den größten Theil der Nachtheile verliert, welche da störend hervortreten müssen, wo sich selbst überlassene Einzelnrichter die Justiz verwalten sollen. Durch das Bisherige soll jedoch nicht behauptet werden, daß es nicht Fälle gebe, in welchen die Entscheidung durch Einzelnrichter zweckmäßiger als durch Collegialgerichte bewirkt wird, wovon unten bei der Ausdehn=

ung der Gerichtsbezirke gesprochen werden soll. Auch ist nicht in Abrede zu stellen, daß eine Gesetzgebung, welche Kollegialgerichte als die regelmäßigen Gerichte erster Instanz erklärt, bei der Ausführung der Organisation auf neue Schwierigkeiten stößt, weil zu besorgen ist, daß für die Besetzung der Einzelngerichte nur junge Männer oder Personen übrig bleiben, deren Eigenthümlichkeit sie mehr zu guten Verwaltungsbeamten, als zu tüchtigen Juristen macht, so daß ihnen mit Erfolg die Verhandlung und Entscheidung verwickelter Fälle nicht wohl anvertraut werden kann [5]); bemerkt muß endlich noch werden, daß wenn kollegiale Gerichte organisirt werden sollen, die Gesetzgebung wohl darauf zu achten hat, daß diese Organisation nicht blos eine Scheinanstalt werde, was der Fall seyn würde, wenn man nur mit einer sehr geringen Richterzahl das Gericht besetzen, oder es so einrichten wollte, daß eigentlich nur der Gerichtsvorstand die Hauptperson ist, die Assessoren aber nur schlechtbesoldete junge Männer sind, die in einem so abhängigen Verhältnisse zum Vorstande stehen, daß auf eine Selbstständigkeit der Votanten und auf die höchste Unpartheilichkeit und Freiheit der Stimmen nicht wohl gerechnet werden darf. Werden diese Rücksichten nicht beachtet, so ist es freilich richtig [6]), daß die sogenannte kollegiale Justiz zwar kostspieliger, aber nicht viel besser ist, als die durch Einzelnrich-

---

5) S. meine Bemerkungen im Archiv für Civilpraxis VIII. S. 424.

6) Daher macht auch v. Miller in seiner Schrift: Kritische Beleuchtung der von Feuerbachischen Grundsätze über Oeffentlichkeit. (München 1815) S. 64 Einwendungen gegen die Kollegialgerichte.

ter ausgeübte. Wer möchte nicht da bei manchen neuen Einrichtungen wehe, wehe über die armen Unterthanen mit Feuerbach [7]) rufen, wenn sie mit ihrem guten Rechte noch dazu Richtern in die Hände fallen, die mit tausenderlei Geschäften belastet keine Zeit haben einer einzelnen Rechtssache besondere Aufmerksamkeit zuzuwenden, und von Geschäften zu Geschäften eilend ohne Eifer für die Sache im bloßen Eifer für baldiges Ende derselben über das Vorbringen der Partheien so schnell als möglich etwas Schriftliches zusammenschreiben, das wie eine protokollarische Streitverhandlung aussieht.

II. Die große Zahl der Untergerichte, die ewig wiederholte Klage über den Zustand der Rechtspflege bei ihnen, und ein Zusammenfassen verschiedener Fälle hatte besonders in unserer Zeit zu einer neuen Ansicht von den Untergerichten geführt, welche sie mit einem idealischen im ersten Momente blendenden Charakter umgiebt, und selbst ehrenwerthe Volksvertreter zur öffentlichen Billigung der Ansicht brachte. Man konnte gegen die Foderung nichts einwenden, daß überall, wo ein Gericht wäre, auch zweckmäßige Organisation und insbesondere Collegialverfassung eingeführt werden sollte; dazu wäre es freilich nothwendig gewesen, überall größere Richtercollegien einzuführen, auf dem Lande Advokaten anzustellen, um den Partheien jede Gelegenheit zu geben, mit der größten Umsicht und dem größten Maße von Vertheidigungsmitteln ihre Rechte zu verfolgen. Die finanziellen Rücksichten stimmten aber dieser Foderung nicht bei, und da es ohnehin an der Tagesordnung war, gegen die Advokaten, welche Staatsmänner für die Ursachen aller Prozeßverzögerung ansahen,

7) Betrachtungen a. a. O. S. 335.

zu Felde zu ziehen, da die mündlich protokollarische Verhandlung am besten bei den gewöhnlich nur kleinen Untergerichten einzuführen schien, so kam man zu einer mit diesen Wünschen gut übereinstimmenden Ansicht, welche die Untergerichte weniger als streng richterliche Behörden betrachtete, und ihnen dafür einen mehr rathenden patriarchalischen Charakter beilegte.

Vorbereitet war eine solche Ansicht von den Untergerichten schon lange in Deutschland, je mehr an manchen Orten der Prozeß bei den Untergerichten gleichgültig betrachtet, und selbst von diesem Prozesse als von einer Art der summarischen Prozesse gesprochen wurde, und in einer gewiß tadelnswerthen Anmaßung nur die Ober- oder höchstens noch die Mittelgerichte sich als die Stützen der Justiz und die allein zulässigen Stellen zur Führung eines ordentlichen Prozesses ansahen; zu einer solchen Ansicht hatten auch consequent die vielen Exemtionen und privilegirten Gerichtsstände geführt, da allmählich alle Vornehmern ihr Forum vor den collegialisch besetzten Hof- und ähnlichen Gerichten erhielten, da in den Städten die Bürger ihren exemten Gerichtsstand vor den Stadtgerichten hatten, so blieben die gewöhnlichen Untergerichte nur mehr für den ohnehin in Deutschland als unfrei häufig betrachteten Landmann übrig, und es schien genug gethan, wenn man den für solche Leute bestimmten Behörden, denen man noch alle Arten von polizeilichen und administrativen Geschäften aufgebürdet hatte, einen Anstrich von richterlichen Behörden geben würde, daher giebt es noch jetzt Staaten in Deutschland, in welchen diejenigen, die nur auf Untergerichtsstellen Anspruch machen, ein viel einfacheres Examen mit weniger Rücksicht auf tüchtige juristische Kennt-

nisse zu bestehen haben, als andere, welche in Mittel- oder Obergerichte treten wollen, zum Beweise, daß es bei einem Untergerichte auf keinen so hohen Grad juristischer Kenntnisse ankäme. — Am umfassendsten und geistreichsten hat in neuerer Zeit der ausgezeichnete Prozeßlehrer v. Gönner[8]) die bisher bezeichnete Ansicht von den Untergerichten begründet, wenn er die Collegialverfassung bei ihnen weder für nothwendig, noch für nützlich erklärt, indem ihre Hauptbestimmung nur eigentlich Instruktion der Sache, und ihr Urtheil mehr ein Versuch sey, ob sich die Partheien bei dem Ausspruche beruhigen wollen, indem der Gebrauch eines Rechtsmittels das erste Erkenntniß in problematischen Zustand versetze; auch würde sonst die ohnehin große Zahl der Staatsdiener ohne Noth vermehrt, und man erschwere sich selbst die Besetzung der Gerichte mit gelehrten und ausgebildeten Männern, die Collegialverfassung sey ohnehin bei Untergerichten wegen der Abhängigkeit der jüngern Beisitzer vom Vorstande und wegen der Menge und Verschiedenheit der Geschäfte nicht gut auszuführen; der Staat sichere das Recht genug, wenn er nur die Obergerichte mit Collegialverfassung einsetze. — Die Consequenz dieser Ansicht treibt dann weiter, und insbesondere dazu, alle Personen, für welche man nur immer mit einigem Schein von Rechtsgründen privilegirte Gerichtsbarkeit rechtfertigen kann, mit privilegirten Gerichtsständen zu begnadigen, weil es solchen vornehmen und gebildeten Personen nicht zuzumuthen schiene, ihre Rechtsstreite einem Untergerichte der Art anzuvertrauen, bei welchen das Urtheil nur ein

---

8) Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren in den Motiven. S. 106.

Versuch ist, ob sich die Partheien bei dem Ausspruche begnügen wollen. Sehr befriedigend hat sich in neuerer Zeit Bornemann [9]) gegen diese neue Ansicht erklärt; uns sey es nur vergönnt, auf manche dabei einflußreiche Punkte aufmerksam zu machen. 1) v. Gönner selbst [10]) erkennt, daß die Verhandlungen erster Instanz die Grundlage für alle folgenden Instanzen seyen; ist aber dies der Fall, so kann man nicht Sorge genug tragen, diese Grundlage fest und sicher aufzuführen, weil sonst alles später darauf Gebaute ohne Haltung und Festigkeit ist; wer aber einen Rechtsstreit umsichtig und zweckmäßig instruiren will, muß auch im Stande seyn, den Streit gründlich entscheiden zu können, weil er sonst nie wissen kann, worauf es dem Urtheilsverfasser ankömmt, welche Bedingungen zur vollständigen Urtheilsfällung nothwendig seyen. 2) Herabwürdigend und selbst den Unwillen der Bürger reizend scheint es zu seyn, wenn man nach einer solchen Ansicht der Untergerichte die Untersuchungsmaxime einführen, die Advokaten vermindern, ihre Assistenz entziehen, und dafür den Streitenden einen Rathgeber aufdringen wollte, zu welchem der Bürger unmöglich Vertrauen haben kann, weil der Staat selbst durch die Stellung, die er dem Unterrichter giebt, ausgesprochen hat, daß er auf seine juristischen Kenntnisse nicht großen Werth lege. 3) Untergerchte sind Gerichte, wie alle andere, was von der Gattung gilt, muß auch von der Art gelten; wenn aber

---

9) Beitr. zur Verbesserung des Apellationsverfahrens und zur bessern Einrichtung der Niedergerichte. (Rostock, 1820.) S. 78.

10) Commentar. zu dem k. baier. Gesetze vom 22. Juli 1819. S. 52.

nach der fest begründeten deutschen Rechtsansicht nur Collegialverfassung zu einem Gerichte gehört, so ist nicht einzusehen, wie dies bei den Untergerichten weniger nothwendig seyn soll, da 4) es geradezu der Natur der Rechtspflege widerspricht, von einem Gerichte ein Urtheil fällen zu lassen, welches nur ein Versuch seyn soll, ob sich die Parthei nicht beruhigen will; es läge selbst in der Organisation solcher Untergerichte eine Rechtskränkung und Täuschung der Partheien, welche mit dem Glauben (und nur mit diesem entschließt sich eine Parthei ihren Streit vor Gericht zu bringen) ein festes, sicheres, wohlerwogenes Urtheil zu erhalten, zu Gericht gehen. 5) Am wenigsten mag man die neue Ansicht mit den deutschen Verfassungen und der oft gerühmten Gleichheit der Bürger vor dem Gesetze vereinigen; warum sollen die auf dem Lande wohnenden das Unglück haben, an solche Untergerichte, die ihre Schöppen selbst nicht als wahre Gerichte anerkennen wollen, sich zu wenden, während die in Städten wohnenden, und alle zu höheren Ständen gehörenden ihre Streitigkeiten an die Mittel- und Obergerichte bringen dürfen? Liegt darin nicht die höchste Verletzung der Rechtsgleichheit, und ein trauriges Ueberbleibsel alter Standesunterschiede, nach welchen der Landmann kaum der vollen Rechtsgenossenschaft würdig geachtet wird? 6) Wer mag aber auch die Ansicht mit der gerühmten Prozeßbeschleunigung vereinbar halten? Wer erkennt nicht, daß dadurch absichtlich Apellationen hervorgerufen werden, weil die Partheien nicht Lust haben werden, sich mit dieser Experimentaljustiz der Untergerichte zu begnügen, während vielleicht in zehn Fällen Appellation unterbleiben würde, wenn schon das Untergericht so umsichtig nach collegialischer Berathung den Prozeß entschieden

haben würde, wie bei den Obergerichten dies geschieht. Wie mögen dann noch unsere Gesetzreformatoren mit dieser Ansicht der Untergerichte den Satz vereinigen, daß in sogenannt geringfügigen Sachen keine Appellation eintreten soll? Soll es also hier (wo die acht und vierzig Gulden, worüber die arme Parthei streitet, ihr ganzes Vermögen ausmachen) bei dem Versuche bleiben? Warum soll sie nicht mehr appelliren, da ja nach der Ansicht von Untergerichten jedes Urtheil nur Versuch ist? Sieht dies nicht einer Rechtlosigkeit gleich? 7) Es scheint überhaupt der Ansicht ein in neuerer Zeit häufig vorkommender Irrthum zum Grunde zu liegen, nach welchem alles Vollkommene und Treffliche centralisirt, in den Hauptstädten zur Schau ausgestellt werden soll, damit ebenso wie an diesen Orten alle Pracht der Kunstschätze gehäuft wird, auch die trefflichste Justiz nur dort aufgefunden werden kann. Gewiß aber gebührt immer das möglich Vollkommenste dem Untersten, d. h. denjenigen Einrichtungen, welche dem Volke am allernächsten stehen [11]), weil gerade in diesen Einrichtungen die Staatsregierung dem Volke unmittelbar erscheint, welches vornämlich an ihnen die Vorzüge des gesammten Staates abmißt, und weil in der That sie es sind, die eben durch ihre Nähe am allerentscheidendsten auf das Wohl oder Wehe der Staatsbürger ihren Einfluß äußern; daher muß es, wie v. Feuerbach so trefflich bemerkt, Grundsatz seyn: die niedern und niedersten Aemter des Staates so einzurichten und zu bestellen, daß die Bürger der Hülfe höherer und höchster Aemter wo möglich entbehren können.

11) v. Feuerbach, Betrachtungen über Oeffentlichkeit. S. 363.

Soll daher eine den Foderungen der Unterthanen, der Verfassung der Rechtsgleichheit entsprechende Rechtsverfassung eingeführt werden, soll jede nur gleiche Prozeßverbesserung eine feste Grundlage erhalten, so muß die neue Ansicht der Untergerichte aufgegeben, vielmehr eine solche Organisation bei ihnen eingeführt werden, daß auch von ihnen eine umsichtige Prozeßinstruktion und gründliche Urtheilsfällung, wie von den Obergerichten, erwartet werden darf.

III. Eine solche Foderung scheint aber nicht mit der nöthigen Vereinfachung des Geschäftsgangs vereinbar zu seyn, sie scheint selbst zu dem Nachtheile zu führen, daß das Land in große Gerichtsbezirke abgetheilt werden muß, in welchen immer nur ein collegialisch besetztes Gericht erster Instanz sich befindet. Wir könnten wohl in Ansehung der Einfachheit auf die gegründeten Bemerkungen Griesingers [12]) verweisen, wenn er behauptet: «von Cäsar bis Cromwell, und von Cromwell bis auf unsere Tage war immer Einfachheit der Gesetze der Hauptgedanke aller Regierungen, die sich zum Despotismus neigten» für unseren Zweck verdient aber zunächst die Eintheilung der Gerichtsbezirke eine Prüfung. Hier durchkreuzen sich wieder die Vorschläge. Während v. Gönner [13]) ein Untergericht bestehend aus dem Vorstande und Adjuncten fodert, will Bornemann [14]) für etwa 15000 Seelen ein mit drei Richtern besetztes Untergericht, Reibnitz [15]) will

---

12) Ueber die Justizorganisationen der neueren Zeit, über Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime. (Tübingen, 1820.) S. 16.

13) v. Gönner. Motive zu dem Entwurfe. S. 106.

14) Beiträge zur Verbesserung. S. 101.

15) Versuch über das Ideal einer Gerichtsordnung. I. Thl. S. 71.

für 60—70000 Seelen ein aus sechs Mitgliedern bestehendes, und Engelhard[16]) für 100000 Seelen nur ein Gericht erster Instanz, weil sonst, wie er meint, das Land mit zuvielen kleinen Gerichten durchspickt würde, und schlechte Richter entstünden. Wenn die Wahl bleibt, so kann nicht verkannt werden, daß die kleinen Gerichtsbezirke nothwendig zur Organisirung von Einzelnrichtern führen; wer diese mit einer wahren Rechtspflege für unverträglich hält, kann auch nie den kleinen Gerichtsbezirken das Wort reden. Es darf aber auch nicht geläugnet werden, daß große Gerichtsbezirke manche Nachtheile haben, indem sie den Bürger oft zehn Stunden weit zu gehen nöthigen, um an den Sitz des Gerichts zu kommen, wo er selbst Mühe hat, Rathgeber, die ihm ohnehin fremd sind, zu finden, wo die Zeugen weit herzuholen sind, wo zu leicht Terminsabschreibungen eintreten, die Kosten sich vermehren, wo selbst ungerechter Zwang begründet scheint, da der Bürger jeden unbedeutenden Schuldenprozeß auf die nämliche Weise wie den wichtigsten Rechtsstreit verhandeln lassen muß, wo endlich nicht selten für manchen Unterthanen eine Rechtlosigkeit entsteht, da er lieber dem Rechte, welches er durch einen Prozeß verfolgen soll, entsagt, als die Kosten des in Ferne nur mit Mühe zu führenden Streits aufwendet.

Mit Unrecht aber entscheidet dann, wenn einmal eingesehen wird, daß zu einer gerechten und sicheren Rechtspflege die Collegialverfassung gehöre, die Rücksicht auf einzelne mögliche Mißbräuche, oder auf Kosten, besonders da nur ein unrichtiges Zusam-

---

16) Entwurf einer verbesserten Gesetzgebung für bürgerliche Rechtsstr. S. 103.

menwerfen von Prozessen die Schuld trug, daß die Bürger Nachtheile größerer Gerichtsbezirke fühlten.

Schon das ältere deutsche Recht hatte zu den feierlichen Prozessen, die vor das Grafending gehörten, die über liegendes Gut, Erbe und Freiheit gerechnet, und gewiß verdient diese Ansicht Nachahmung. Solche Rechtsstreitigkeiten enthalten aber kaum den fünften Theil aller anhängigen Prozesse; bei ihnen ist aber auch ein Recht in Frage, um dessen Aufrechthaltung der Bürger gerne Opfer bringt, wo ein blos mündliches Besprechen ohnehin nicht zum Ziele führt, vielmehr ein ausgedehnt mit Anwendung aller Vertheidigungsmittel geführter Prozeß völlig am Platze ist. Hier müssen collegialisch organisirte Gerichte bestehen, und weil die Zahl dieser wichtigern Prozesse nicht so groß ist, ist es zweckmässig, nicht zuviele Gerichte zu organisiren, so daß etwa nur für 40000 Seelen ein Untergericht besteht; es darf aber nicht allein die Bevölkerung, sondern auch die Localität, der Wohlstand, und das Verhältniß der Gegend entscheiden, so daß z. B. wenn in einem Umkreise von zehn Stunden im Gebirge nur 20000 Seelen wohnen, auch für sie ein Gericht zu organisiren ist, während an andern Orten, wo in kleinem Umkreise ein sehr rascher lebendiger Verkehr des Handels und der Gewerbe ist, ein Tribunal nothwendig wird; es verdient auch die Einrichtung mancher Gegenden in Deutschland Nachahmung, nach welcher das Gericht einzelne Gerichtsbesitzer an einen bestimmten Ort abordnet, dort von ihnen die Acten instruiren läßt, und über die eingesendeten Acten dann collegialisch entscheidet. Mit der Einrichtung der Collegialverfassung steht auch noch die Actenversendung an Universitäten als Ueberbleibsel der alten Schöppenstühle in Zusammenhang; sie, deren neuester Vertheidiger

noch Bornemann[17]) ist, unfehlbar mit großen Gebrechen behaftet, die Kosten häufend, Prozesse Jahrelang verzögernd, weil Mangel an Rechts- und Pflichtgefühl, oder Abneigung gegen practische Arbeiten, die Acten wider Gebühr unbeachtet liegen lassen, bleibt doch in kleinen Staaten ein Surrogat fehlender Collegialverfassung, und sichert selbst wegen der zu präsumirenden Unpartheilichkeit die Freiheit der Bürger und die Unabhängigkeit der Rechtspflege. Während daher Prozesse über Eigen, Erbschaft, Freiheit an collegialisch besetzte Gerichte gewiesen werden sollen, ist die bei weitem größere Zahl von Prozessen von der Art, daß es ebenso nachtheilig als ungerecht wäre, wenn die Bürger Stundenweiten Weg machen müßten, um die Richter zu finden. Ein großer Theil von Rechtsstreitigkeiten fällt ohnehin leicht hinweg, wenn das Schuld- und Hypothekensystem verbessert, und die Einrichtung nachgeahmt wird, welche öffentlichen Urkunden z. B. der Notarien executorische Kraft beilegt, so daß in einer Reihe von Fällen, in welchen die Praxis Prozesse zuläßt, nur ein Vollstreckungsverfahren einzutreten braucht. Bei vielen anderen Prozessen bieten sich aber einfache Gesichtspunkte dar, welche sie den gewöhnlichen Gerichten entziehen.

a) Bei einem großen Theile von Prozessen kommen nur Verhältnisse einer Gemeinde, technische Gesichtspunkte einer Gesellschaft z. B. bei Zünften vor, wo kein Grund sich findet, sie den ehemals bestandenen Morgensprachen zu entziehen [18]).

---

17) Beiträge zur Verbesserung des Apellationsverfahrens S. 18.

18) Weise noch beibehalten in der Gerichtsordnung der freien Hansestadt Bremen von 1820. §. 21.

b) Andere Gegenstände sind ihrer Natur nach mehr schiedsrichterlich zu entscheiden, es ist hiezu gehörige Localkenntniß nothwendig, z. B. bei Feldklagen, Pfändungen; je schneller diese Streitigkeiten entschieden werden, desto besser ist es; hier verdienen die alten Dorf- und Rügegerichte, Ehehaftsversammlungen eine Wiederbelebung in veränderter Form, und die neuen Gemeindeverfassungen bieten hiezu die beste Gelegenheit dar.

c) Bei anderen ist schon viel gewonnen, wenn nur die Sache nicht zu voreilig an das Gericht gebracht wird, weil sie zu leicht sonst unter starre juristische Formen getrieben und so verwirrt wird, daß Niemand sich helfen kann, z. B. bei Bau- und Mühlenstreitigkeiten, während eine natürliche auf technische Kenntniß gegründete Ansicht der Sachverständigen und zweckmässige Vorschläge derselben den Streit im Keime ersticken, daher die ehemaligen Bau- und Kundschaftsämter einer Beachtung würdig sind, wenn man auch nicht durch solche Aemter den Prozeß entscheiden lassen, sondern nur die Sache zum Sühneversuch dahin weißen will.

d) Auch manche ältere Institute z. B. jährliche Gränzumgänge, Gemeindeversammlungen mit Vorlesung alter Statuten, und Untersuchung der vorkommenden Beschwerden, verdienen eine Wiederbelebung, indem sie viele Prozesse verhindern, so wie e) überhaupt das Institut der Schiedsrichter eher begünstigt, als erschwert werden muß. Es gehörte zu den Folgen einer tadelnswerthen Ansicht über Gerichtsbarkeit, daß man alle Schiedsrichter als unvereinbar und unpassend mit der angeblich treffenden Verfassung der vom Staat angestellten Gerichte, sogar als Producte des Mißtrauens gegen die vom Staate eingesetzten Richter, oder des Bestrebens, den Staat um seine

Abgaben zu bringen, betrachtete [19]. Der Staat kann nur das Interesse haben, daß Streitigkeiten der Bürger unter sich auf eine dauernde und rechtssichernde Weise beendigt werden, seine Pflicht, Prozesse entscheiden zu lassen durch angestellte Richtercollegien, ist nur bedingt durch die Auffoderung der Bürger hiezu, welche ebenso das Mittel des Vergleichs, als das der Wahl von Schiedsrichtern haben; der Staat hat dagegen die Pflicht, diesen Beendigungsarten des Streits Kraft und Ansehen zu geben, damit kein neuer Streit entstehe. In der Wahl solcher Schiedsrichter liegt so wenig eine Beleidigung der angestellten Richter, als in der Eingehung eines Vergleichs, oder in der Wahl des Looses, und der Richter kann um so weniger den Schiedsrichter verächtlicher betrachten, als in der würdigen Ansicht aufgefaßt, jeder angestellte Richter mit soviel Umsicht, Kenntniß und moralischer Festigkeit dastehen soll, daß jede Parthei vertrauensvoll diesen Richter, auch wenn er nicht angestellt wäre, sich als Richter wählte [20]) als auch in sovielen Fällen der gelehrte Richter in die Lage kömmt, in welcher er nicht anders als der Schiedsrichter entscheiden kann [21]).

Am wichtigsten wird es, die Verhältnisse von Einzelnrichtern in einen zweckmässigen Einklang mit der Forderung zu bringen, daß regelmässig nur durch

---

19) S. gegen diese Ansicht Goldschmid Abhandlungen aus dem gemeinen Civilprozesse S. 135.

20) S. meine Schrift: der gemeine deutsche Prozeß I. Heft. S. 9.

21) Als arbitre spricht auch im französischen Rechte, welches doch so strenge auf Reinheit der Richterqualität hält, der Richter z. B. in Fällen des art. 1244. 1374. Code civil art. 966. Code de proc.

Kollegialgerichte die Justiz verwaltet werde. Die Nachtheile, welche die zu ausgedehnten Gerichtsbezirke für die Bürger haben, welche als Rechtsuchende viele Stunden weit gehen müssen, um das Gericht und Anwälde zu suchen, die Rücksicht, daß es gewisse einfache Fälle giebt, in welchen die Geringfügigkeit des Gegenstandes in keinem Verhältnisse mit den Kosten und der verwickelten Form des collegialischen Verfahrens, und der Umstand, daß in manchen Streitsachen nur durch eine rasche Rechtshülfe für den Rechtsuchenden etwas gewonnen wird, fordern die Organisation von Gerichten, bei welchen ohne collegialische Organisation nur Einzelnrichter die Justiz ausüben [22]. Es kömmt nur darauf an, zu verhüten, daß nicht durch eine zu große Ausdehnung der Competenz dieser Einzelngerichte, die man Aemter oder Landgerichte nennen mag, und die am meisten mit französischen Friedensgerichten Aehnlichkeit haben, der Sache nach die Zweckmässigkeit der Organisation der Kollegialgerichte vereitelt werde. Unter den neuen deutschen Gesetzgebungen, welche eine auf die erwähnten Forderungen gebaute Organisation ins Leben einzuführen suchten, sind die braunschweigische [23] und der neue baierische Entwurf [24] hervorzuheben. Nach der Ersten bilden die Bezirksgerichte die regelmässige erste Instanz; (die um so

---

22) S. meine Bemerkungen im Archiv für Civilpraxis VIII. S. 418—24. Puchta Entwurf einer Ordnung des Verfahrens in Gegenst. der freiwilligen Gerichtsb. S. 258.

23) Schon Vero. v. 16. Januar 1814, 3. Febr. 1814 und insbesondere Vero. v. 26. März 1823.

24) Entwurf der Civilprozeßo. für Baiern. München 1825. Meine Rezension darüber in dem Archiv für Civilpraxis VIII. Nro. 17.

gerechter und gleichförmiger verwaltet werden kann, da in Braunschweig die Patrimonialgerichtsbarkeit und der privilegirte Gerichtsstand aufgehoben sind) unter dem Bezirksgerichte stehen Kreisämter, welche nur zur Entscheidung von Civilsachen, deren Summe zwanzig Thaler nicht übersteigt, zur Anlegung des Arrests und in Sachen des jüngsten Besitzes kompetent sind, sonst aber in geringen Polizeisachen selbst entscheidet, freiwillige Gerichtsbarkeit und Polizei ausüben. — Weit ausgedehnter hat der baierische Entwurf die Competenz der Einzelngerichte, welche (nach Art. 708) über alle Streitsachen, deren Gegenstand die Summe von 100 fl. nicht übersteigt, und ohne Rücksicht auf den Betrag (714) über Ehedissidien, über Streitigkeiten zwischen Dienstherrn und Dienstboten, zwischen Miethsleuten und Vermiethern, zwischen Reisenden und Gastwirthen oder Dritten in Bezug auf die Reise entscheiden; zugleich sind noch alle Besitzstreitigkeiten (771) alle Executivprozesse (788) alle Arrestnachsuchungen (758) an die Einzelngerichte verwiesen. Wenn man erwägt, daß unter den ebengenannten Gegenstände viele vorkommen, die höchst verwickelte Verhandlung nöthig machen, oder auf feinen Rechtscontroversen beruhen, so ist nicht ohne Grund zu besorgen, daß durch diese Ausdehnung der Competenz die Forderung an eine zweckmässige Organisation und der Grundsatz, daß Collegialgerichte in der Regel entscheiden sollen, verletzt werden [25].

IV. In einem unmittelbaren Zusammenhange mit dem bisherigen steht das Institut der Friedensrichter, von welchem man bald das höchste Heil erwartete,

---

25) S. meine Bemerkungen im Archiv für Civilpraxis VIII. S. 419.

während Andere sich unter solchen Umständen gegen dasselbe erklärten, wo die Consequenz durchaus dafür zu sprechen gebietet. Die Friedensgerichte sind im französischen Verfahren, und überall, wo große Gerichtssprengel sind, die einzigen Stützpunkte der Gerichte erster Instanz, und beugen manchen Nachtheilen vor; von ihrer Einführung kann keine Rede da seyn, wo in einem Lande ein Heer von Einzelnrichtern vertheilt ist, und sie neben diesen bestehen sollten. Da aber, wo wie's seyn soll, collegialisch eingerichtete Tribunale bestehen, werden Zwischenrichter unvermeidlich seyn, und es frägt sich nur, ob die Idee der englisch französischen Friedensrichter dabei zum Grunde liegen soll. Die französische Gesetzgebung hat selbst oft ihr System geändert, und schwerlich mag das spätere auch das bessere genannt werden; so mag man es schwerlich rechtfertigen, daß das Gesetz vom 9. Ventos Jahr IX die Vorschrift des Gesetzes vom 24. August 1790 aufhob, nach welchem bei jedem Friedensgerichte zwei Beisitzer sich finden sollten. Der ersten Organisirung der Friedensgerichte in Frankreich lag eine idealische Ansicht zum Grunde, die assemblée constituante wollte in jedem Bezirke ein Tribunal errichten, welches ein Altar der Eintracht seyn sollte, wo zu dem ehrenvollen Amte nur der Würdigste vom Volke gewählt würde [26]; « il faut, sagte der Redner Thourette, que tout homme de bien pour peu, qu'il ait d'expérience et d'usage, puisse être juge de paix. » Vorzüglich war's Grundsatz, daß die Rechtspflege der Friedensrichter, welche durchaus nicht gelehrte

---

26) Henrion de Pansey de la compétence des juges de paix. chap. I. s. noch Meyer esprit origine et progrès des institut. judiciaires, Not. V. p. 368.

Juristen seyn sollten, von allen Formen entblößt seyn mußte, welche, wie man sich ausdrückte, den Prozeß verdunkeln; der Friedensrichter sollte nur ein durch höchste sittliche Autorität ausgezeichneter, wohlhabender, und daher von der Regierung unabhängiger vom Volke gewählter Beamter seyn; allein nur zu bald verschwand die alte Ansicht, die Friedensrichter wurden vom Regenten angestellt [27]), sie wurden, obwohl schlecht genug, besoldet, die Regierung machte sie zu Beamten, wie jeden anderen Staatsdiener, legte immer mehr Geschäfte auf, und Volk und Friedensrichter betrachteten die Stelle wie irgend eine andere Beamtenstelle, um die man sich bei der Regierung bewerben mußte. Weit verzweigend erstrecken sich die Geschäfte der Friedensrichter, welcher I. Polizeibeamte und delegirter Beamter der gerichtlichen Polizei, II. ausübender Beamter eines Theils der freiwilligen Gerichtsbarkeit [28]), III. Vergleichsstifter

---

27) Senatusconsf. vom 16. Thermidor Jahr X.

28) In dieser Rücksicht nehmen sie 1) Volljährigkeitserklärungen und Emanzipationen auf (Code N. 477-9) 2) sie berufen und präsidiren dem Familienrathe (Code Civil art. 406-16) 3) sie nehmen die Erklärung über Ernennung des Familienraths und eines Vormunds auf (Code 392. 98) 4) sie legen Siegel und nehmen sie ab (Code de proc. 907. 12) 5) sie assistiren der Eröffnung der Thüren bei Execution, der Verhaftung der Schuldner (Code civil. 126. Code proc. 587. 781) 6) nehmen Notarietätsacte der Ehe (Code civil. 70. 71. 155.) 7) Adoptionsverträge (Code civil. 353. 63.) 8) Testamente zur Pestzeit (Code 985) 9) Erklärungen, veranlaßt durch Urtheilsvollstreckung auf (Code proc. art. 571. 914. 935.) über die Competenz der Friedensrichter überh. Henrion de Pansey de la compétence des juges de paix. Paris 1825 (neueste Auflage) Biret re-

bei den meisten Prozessen, ehe der Streit an das Tribunal kömmt [29]), IV. eigentlicher Civilrichter, und zwar a) in letzter b) in erster Instanz ist, V. sie können in allen Sachen, wenn die Partheien sie als Schiedsrichter wählen, über alle Klagen, entweder nach Wahl der Partheien in letzter Instanz oder unter Vorbehalt der Berufung, erkennen [30]). Betrachtet man die Fälle, in welchen die Friedensrichter die ordentlich competenten Richter sind [31]), so findet man

cueil général de la jurisprud. et des attributions des justices de paix. Paris 1824 2 Not. Biret procédure complète et méthod. des justices de paix. Paris 1824. v. Feuerbach über Oeffentlichkeit und Mündlichkeit 2ter Theil.

29) Code de proc. art. 49.

30) Code de proc. art. 7.

31) Sie erkennen (nach den Gesetzen vom 24. Aug. 1790. Tit. III.) in letzter Instanz über alle nachfolgende Sachen bis zum Betrage von 50 Franken, und in erster Instanz bis zum Betrage von 100 Franken über alle Personal- und Mobiliarklagen, und in erster Instanz ohne Rücksicht auf den Betrag, a) über alle Klagen an Beschädigung an Feldfrüchten, Aerndten und auf den Aeckern, sie mögen durch Menschen oder Vieh zugefügt seyn; b) über Verrückung der Gränzsteine, über Usurpation von Grundstücken, Bäumen, Hecken, Graben, Einzäunungen, wenn sie binnen Jahresfrist verübt worden sind, c) über Störungen des Wasserlaufs zur Bewässerung der Wiesen, wenn sie innerhalb des Jahres Statt gefunden haben, d) über alle andere possessorischen Klagen, e) über die dem Miether in der Regel zur Last fallenden Reparaturen an Häusern und Pachthöfen, f) über die von einem Pächter oder Miether wegen Nichtgenusses verlangte Entschädigung, wenn das Recht der Entschädigung nicht bestritten wird und über die vom Eigenthümer und Verpächter oder Vermiether wegen

darin kaum eine treue Consequenz des Grundsatzes, daß Friedensgerichte keine Gerichte seyn sollen; zur Entscheidung von persönlichen und Mobiliarklagen gehören eben so wohl juristische Kenntnisse, als bei dinglichen Klagen über liegende Güter, und gerade die Masse möglicher Verabredungen, die vielfachen persönlichen Verhältnisse erzeugen nicht selten bedeutende Schwierigkeiten der Entscheidung; rechnet man dabei auf den Juristen, so ist die Idee des Friedensgerichts zerstört, und doch ist nichts Befriedigendes gegeben, da nur collegialische Berathung Vertrauen begründet; faßt man aber die Friedensrichter nur in ihrem wahren Sinne als Nichtjuristen auf, so erhalten wir nicht selten Schnitterurtheile, die sich mit dem Stande der jetzigen Rechtskultur nicht vertragen; vorzüglich wenn man erwägt, daß dadurch der Kläger, für welchen 49 Franken schon beträchtliches Vermögen ist, genöthigt wird, sich mit dem friedensgerichtlichen Urtheile zu begnügen, und daß er nicht einmal (freilich im französischen Rechte aus Consequenz) das Mittel der Cassationsklage gegen dies Urtheil hat[32]; betrachtet man näher das friedensgerichtliche Verfahren, so ist auch darin ein Schwanken der Gesetzgebung unverkennbar. Während das Gesetz von 1790 und 1791 die Entfernung aller Advokaten aus dem Friedensgerichte anordnete[33],

---

Verschlechterung gefoderte Schadloshaltung, g) über Zahlung des Arbeitslohns von Tagelöhnern, Lohns von Dienstboten und die Erfüllung der gegenseitigen Verbindlichkeiten zwischen den Herrschaften und Dienstboten oder Arbeitsleuten, h) über Klagen, welche Verbalinjurien, Zänkereien und Thätlichkeiten betreffen, wenn die Partheien nicht bei den peinlichen Gerichten geklagt haben.

32) Henrion de Pansey de la compétence etc. p. 66.

33) Niederrheinisches Archiv. IV. B. S. 121

führen die Bestimmungen des geltenden Gesetzbuchs [34]) zur Zulässigkeit der Advokaten, die Prozesse werden dadurch in die Länge gezogen, wenn der Friedensrichter nicht strenge wacht, und die Absichten der Gesetze werden vereitelt [35]); besonders nachtheilig für die Autorität der Friedensgerichte ist aber noch, daß die vor dem Friedensgerichte von den Partheien eingegangenen Vergleiche, und die darüber aufgenommenen Protokolle, nicht wie es seyn soll, um der Verabredung Kraft zu geben, die Wirkung öffentlicher Akte haben, sondern nur als Privaturkunden gelten [36]). Kaum möchte man aber in den Friedensgerichten, welche in den ehemals französischen jetzt mit Deutschland wiedervereinigten Gegenden erscheinen, wieder die ältere Einrichtung von 1790 erkennen. Der Sinn für Gründlichkeit, die Achtung der strengen Wissenschaft ließen bald die Grundidee des Instituts vergessen, man betrachtete die Friedensgerichte wie andere Gerichte, stellte Juristen an, besoldete sie auf eine würdige Weise, vermehrte aber auch bald die Anfoderungen, welche man an sie machte; insbesondere hielt man es für nothwendig, die Competenz der Friedensgerichte zu erweitern, worauf in Rheinbaiern die Anträge gingen [37]), während in Rhein-

---

34) Art. 9. 13. 141. Code de proc.

35) An einem rheinischen Friedensgerichte kamen 1817 110 Sachen vor. In 60 traten Advokaten und nur zwei wurden verglichen, von 50 andern, worin die Partheien ohne Rechtsbeistände auftraten, wurden eilf verglichen. Niederrhein. Archiv C. c. S. 121.

36) Art. 54 Code de proc.

37) Jahrbücher der Gesetzgebung in Baiern. Herausg. von Gönner und Schmidtlein. III. Thl. S. 31.

preußen bereits die Erweiterung gesetzlich erfolgte [38]), indem die Summe, über welche sie ohne Apellation erkennen, auf 20 Thaler preuß. Crt. und diejenige, worüber sie blos in persönlichen und Mobiliarsachen mit Apellation erkennen, auf 300 Thaler bestimmt ist. Unverkennbar liegen wohlthätige Absichten dieser Verordnung zum Grunde, nur möchte es schwierig seyn, von der Fortdauer der französischen Friedensgerichte dabei zu sprechen; durch die Erweiterung der Competenz sind die Gerichte im gewöhnlichen deutschen Sinne geworden, welchen aber, wenn man sie mit den Foderungen, die an die Rechtspflege zu machen sind, vergleicht, der Mangel collegialischer Einrichtung um so wichtiger entgegen steht, als die Summe, über welche sie erkennen dürfen, schon sehr beträchtlich ist, während zu den Friedensgerichten, wenn man sie nach den Voraussetzungen der französischen Gesetzgeber betrachten will, die erweiterte Competenz nicht paßt. Ein großer Theil der Juristen rühmt diese Anstalt der Friedensgerichte, denkt sich dieselbe idealisch, ohne sie zu kennen, und lobt insbesondere die englischen Friedensrichter, ohne zu erwägen, daß gerade bei diesen die Civiljustiz Nebensache ist [39]), und daß das Lob, welches von achtungswürdigen Männern ihnen gegeben wird, ihnen nicht als Civilrichtern gilt [40]).

---

38) Verordnung vom 7. Juny 1821 in der Gesetzsammlung in Nro. IX.

39) Meyer, esprit, origine et progrès des institutions iudiciaires. Vol. II. p. 112.

40) J. B. v. Vinke. Darstellung der inneren Verwaltung Großbrittaniens S. 15. 26. 70. Cottu, de l'administration de la justice criminelle en Angleterre, chap. II., und v. Hornthal in der Uebersetzung. S. 67. ꝛc.

Es ist ihre mit dem ganzen öffentlichen Leben der Engländer zusammenhängende, vom Volke neidisch gegen die Regierung bewahrte, und zugleich vom Volke controlirte, durch die Anhänglichkeit der Engländer an alte Institute gestützte, mit der Ehrwürdigkeit des Alters geschmückte Autorität (dazu von Personen, welche nicht Juristen, die aber durch ihr Vermögen unabhängig gestellt sind), welche da wohlthätig wirkt, wo der Friede erhalten, der Störung kräftig entgegen gewirkt werden soll. Wer gleiches Ansehen und gleiche Wirksamkeit für die Friedensrichter, die er in Deutschland organisiren will, in Anspruch nehmen mag, der gebe auch unseren Friedensrichtern den Nimbus des Alterthums, und unserm Volke die Ideen, welche in England die Wirksamkeit des Instituts begründen. In neuester Zeit hat ein geistreicher Mann, v. Reibnitz [41]), der früher gegen die Friedensgerichte sich ausgesprochen hatte, für das Institut unter Modifikationen sich erklärt; er verlangt, daß immer für 6000 Seelen ein Friedensrichter aufgestellt werde, jedoch so, daß immer drei Friedensrichter zusammen wieder ein Gericht ausmachen, und Quartalsitzungen halten, Sachen unter 10 Thaler, kleine Injuriensachen, Spolien und Wechselsachen gehörten vor den einzelnen Friedensrichter ohne Appellation, Sachen unter 50 Thaler gehörten vor die Sitzung der vereinigten Friedensrichter, hier näherte sich noch der Geschäftsgang mehr dem der Gerichte. Reibnitz verlangt nicht nothwendig juristische Bildung; der Friedensrichter soll im Bezirke Grundeigenthum besitzen, er wird von der Commune gewählt, und unter drei vor-

41) v. Reibnitz, über Friedensgerichte in der preußischen Monarchie. Berlin, 1821.

geschlagenen Candidaten wählt der König, die Stelle soll lebenslänglich seyn, jeder Gewählte muß das Amt wenigstens auf drei Jahre annehmen, Besoldung soll der Friedensrichter gar nicht, dagegen viele Ehrenauszeichnungen durch hohen Rang haben, das Wesen des Instituts soll auf Vertrauen und persönlichem Einflusse beruhen, deren Wirksamkeit an keine besondere Form gebunden ist. — Man sieht leicht, daß nach diesem Vorschlage die Civiljustiz des Friedensrichters nicht die Hauptsache seyn soll, was sich aus der beschränkten Competenz in Civilsachen und daraus ergiebt, daß der Friedensrichter nicht Jurist zu seyn brauche. Unfehlbar hängt der Vorschlag des v. Reibnitz mit einer anderen allgemeinen Foderung der Zeit, mit der Foderung zusammen, in den einzelnen Kreisen, aus welchen der Staat besteht, die aus dem Inneren des Kreises hervorgehende, durch Vertrauen und Gemeingeist wirksam erhaltene Gewalt zu beleben, nach welcher Jeder zu dem Kreise gehörige, den natürlichen Vermittler, Rathgeber und zum Theile seinen Richter in dem Organe der mit dem Vertrauen des Kreises versehenen Gewalt findet; eine solche Foderung ist auch in allen deutschen Staaten so lebendig rege geworden, daß keine äußere Gewalt ihre Realisirung zurückhalten wird; und es frägt sich nur, ob hiezu ein eigener Beamter, Friedensrichter genannt, nothwendig sey, ob nicht vielmehr durch die Einrichtung und Wiederbelebung der Gemeindeverfassung, nach welcher die Gemeinden nicht als Staatsanstalten und Fachwerke in der Staatseintheilung, sondern als gesellschaftliche selbstständige Vereine (analogisch den Familien) betrachtet werden, eine solche Gewalt einfach und natürlich hergestellt werden könne? Wir glauben das letztere, und meinen, daß die würdigsten Geschäfte des Frie-

densrichters (im Sinne des v. Reibnitz) sehr gut den gewählten Vorständen der Gemeinde, oder einzelnen Deputationen darin zugetheilt werden können; selbst ein Theil des friedensgerichtlichen Richteramtes kann ihnen zugegeben werden, und zwar entweder durch die Wiedereinführung der alten Gemeindeversammlungen, in welchen Beschwerden über Gemeindeangelegenheiten geschlichtet werden, oder durch Organisirung wöchentlicher Versammlungen einzelner Gemeindebevollmächtigten; nur darf die Gewalt nicht über die natürlichen Gränzen ausgedehnt werden; in Feld-, Forst-, Cultursachen und in Klagen wegen Schadensermäßigungen, in solchen Fällen ist von den Gemeindeversammlungen gewiß eben so gut als von dem einzelnen Friedensrichter ein umsichtiges Urtheil zu erwarten; über die Verhältnisse zwischen Dienstherrn und Gesinde werden zweckmäßige Gesindeordnungen leicht von einem Ausschusse gewählter achtungswerther Hausväter gehandhabt werden, und in den übrigen Fällen persönlicher Klagen, finde Jeder, der sich dessen bedienen will, an einer hiezu erwählten Gemeindecommission, taugliche Schiedsrichter, ohne daß er gezwungen wird, bei dem Ausspruche der Commission sich zu beruhigen, und ohne Beschränkung auf 10 oder 50 Thaler, da bei solchen Bestimmungen weder Willkühr noch Ungerechtigkeit vermieden werden können.

Faßt man daher die Ansichten über die Friedensgerichte [42]) zusammen, so kömmt alles darauf an, ob man die Grundidee des Friedensgerichts darin suchen will, daß ein aus der Mitte des Volkes gewählter durch das höchste Vertrauen desselben

---

42) Siehe noch Seibenpfeiffer über die Frage unserer Zeit in Bezug auf Gerechtigkeitspflege. S. 137.

ausgezeichneter Beamte, der nicht nothwendig Jurist ist, als Friedensrichter und natürlicher Schiedsrichter Recht sprechen soll, oder ob man Friedensgerichte, die man mit Juristen als eigentlichen vom Staate angestellten Beamten besetzt, nur als Einzelngerichte, in dem Sinne, um die Nachtheile zu großer Gerichtsbezirke zu vermeiden, betrachten will. Hebt man die erste Ansicht hervor, so läßt sich für Beibehaltung oder Einführung der Friedensgerichte nichts sagen, da man nach den heutigen Verhältnissen des Volkes und nach der Art wie sich die Rechtswissenschaft ausgebildet hat, nicht auf die Grundlage und die Elemente rechnen kann, unter deren Voraussetzung bei einem Volke unter einfachen Verhältnissen und in einer Zeit, wo das Recht noch mehr im Volke lebt, ein solches friedensgerichtliches Institut wirken kann. Von dem oben bemerkten zweiten Standpunkte aus sprechen alle Gründe, welche für die Nothwendigkeit der Einzelnrichter neben den Kollegialgerichten sprechen, auch für die Friedensgerichte, bei welchen nur dafür gesorgt werden muß, daß nicht durch eine übertriebene Erweiterung der Competenz auch solche Fälle, welche der kollegialischen Verhandlung bedürfen, an Friedensgerichte gewiesen werden. Aus den Mißbräuchen aber, welche man in Frankreich an den Friedensgerichten bemerken kann [43]), darf nichts abgeleitet werden, um dadurch das Institut selbst anzugreifen, weil nicht zu vergessen ist, daß diese leicht zu bemerkenden Mißbräuche in Frankreich theils die Folgen des Umstandes sind, daß noch zu viele juristisch nicht gebildete Beamte als Ueberbleib-

43) v. Feuerbach, über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit. II. S. 36—60.

sel der Revolution Friedensrichter sind, theils aus dem Schwanken fließen, welches in der französischen Gesetzgebung in Bezug auf das friedensgerichtliche Institut in den verschiedenen Perioden vorkam.

V. Noch verdient die privilegirte Gerichtsbarkeit eine kurze Prüfung. Es kann kein Streit darüber mehr seyn, daß persönlich privilegirte Gerichtsstände in so ferne als gewisse Personen wegen ihres Ranges und Standes eximirten Gerichtsstand haben, nicht zu billigen sind, weil sie eben so sehr mit der Rechtsgleichheit im Widerspruche stehen [44]), als sie im Geschäftsgange selbst Verwirrung erzeugen, mühsame Nachfragen der Kläger um den wahren Gerichtsstand seines Gegners, überflüssige Competenzstreitigkeiten begründen.

Es schien kaum nöthig, ihrer noch hier zu erwähnen, wenn nicht ein geistreicher Gelehrter [45]) in neuerer Zeit einige dieser Gerichtsstände vertheidigt hätte, indem er sie nicht als Ehrenvorzüge oder als Begünstigungen Einzelner ansieht, sondern sie selbst als nothwendig besonders da, wo die erste Instanz keine Collegialverfassung hat, rechtfertigt. « Was ein Collegium gegen einen gewichtvollen Mann im Staate erkennt, sagt v. Gönner, lastet auf keiner einzelnen Person, und die Räthe eines Obergerichts sind so gestellt, daß sie, beruhigt über ihre Zukunft,

---

44) Zwar wollen Mehrere z. B. Miller in d. Schrift: Krit. Beleuchtung S. 67. und Linde Lehrbuch S. 95. nicht zugeben, daß die privil. Gerichtsbarkeit eine Rechtsungleichheit begründe; s. auch noch gegen die privil. Fora Zum Bach vollst. Gegeneinanderstellung des französ. und preuß. Prozesses S. 147.

45) v. Gönner, in den Motiven zu dem Entwurfe eines Prozeßgesetzb. S. 121.

ohne respectus humanus handeln können; man erwäge dagegen, meint v. Gönner, das selbst für den Unterrichter unangenehme Verhältniß, wenn derselbe über Höhere, oft über seine Amtsvorgesetzte richten soll. Wir dürfen wohl hoffen, daß unsere deutschen Richter den Verdacht, der durch diese Ansicht auf sie gewälzt wird, durch die That widerlegen; ohnehin fällt die Ansicht zusammen, wenn überall, wie dies gefodert werden darf, collegialisch eingerichtete Gerichtshöfe bestehen; diese neue Ansicht möchte aber auch ein trauriges Zeugniß des Beamtengeistes seyn, wenn in einem Lande das Bild wahr wäre, wenn so wenig Pflichtgefühl und Kraft in unseren Beamten lebte, daß ein Richter nicht einmal den Muth, dasjenige, was er für Recht erkennt, auszusprechen wagte, wenn der Oberbeamte nur in dem Rufe stünde, daß er wegen eines verlornen Prozesses an dem Richter sich rächen würde. Welche Tugend der Beamten wäre jene, welcher man nur die Gelegenheit benehmen muß, um nicht straucheln zu können? Welch Vertrauen könnten die Partheien zu ihren Richtern haben, wenn nur die Besorgniß in dem Volke vorhanden wäre, daß Menschenfurcht Einfluß auf die Richter äußern könnte? Wer, wenn ein solcher Geist einmal bei den Untergerichten zu besorgen wäre, bürgte dafür, daß die Oberrichter, welche doch gewöhnlich die Schule der Unterrichter durchwandelt haben, nicht ebenso zugänglich der Verführung blieben? Würde man nicht geradezu Rechtlosigkeit bei demjenigen annehmen müssen, welcher gegen Minister und ähnliche Mächtige Rechte zu verfolgen hätte? — Zum Glücke und zur Ehre unserer Richter hat die Besorgniß, worauf die neue Rechtfertigung der privilegirten Gerichtsstände sich stützt, keinen Grund

Vergeblich beriefe man sich auf alte deutsche Rechtsansicht zur Rechtfertigung, es ist zwar allerdings gegründet, wenn Feuerbach [46]) bemerkt: was dem oberflächlichen Beobachter ein bevorzugter Gerichtsstand bei den Deutschen erscheinen mag, war gerade eine Folge der allgemeinen Gleichheit Aller vor dem Gesetze; allein dies gilt nur in so ferne als richtig, als im Mittelalter Jeder von seinen Standesgenossen gerichtet wurde, damals nur Schöppen des Kreises, welchem die Parthei angehörte, Recht fanden; sobald aber diese Verfassung aufhörte und angestellte Richter überhaupt entschieden, verlor die privilegirte Gerichtsbarkeit im alten Sinne ihre Bedeutung, und ist, nach den Foderungen unserer Zeit, wahre Ungerechtigkeit. — Während wir aber unbedingt gegen alle persönlich privilegirte Gerichtsstände in allen allgemeinen Rechtsstreitigkeiten uns erklären, warnen wir vor einer unpassenden Aufhebung anderer Gerichtsbarkeiten, welche gewissen Corporationen von jeher eigenthümlich waren, die keine Begünstigungen der Personen, sondern die Ausflüsse der Corporation sind, so daß Streitigkeiten einzelner Glieder der Gemeinheit unter sich über Gemeindeverhältnisse, oder Uebertretungen der Statuten der Corporationen auch von den Genossen selbst geschlichtet werden, ohne daß deswegen das Mitglied der Corporation einen allgemeinen auf alle Rechtssachen ausgedehnten Gerichtsstand in Anspruch nehmen könnte, indem blos Mißbrauch und Entartung zur solchen Ausdehnung geführt haben [47]). —

---

46) Betrachtungen über Oeffentlichkeit. S. 347.

47) Nur die braunschweigische Gesetzgebung (Vero. vom 26. März 1823) §. 9 hat in Deutschland durchgreifend die privileg. Gerichtsbarkeit aufgehoben.

Zuweit dagegen ist man in neuerer Zeit in Ansehung der sogenannten privilegirten Gerichtsstände wegen Sachen gegangen, wenn man auch bei ihnen eine unbedingte Abschaffung für möglich hielt, und glaubte [48]), daß durch Beiziehung von Sachverständigen leicht nachgeholfen werden könne. Am wichtigsten wird dies bei der Berggerichtsbarkeit. Während in Gegenden des französischen Reichs alle Bergsachen den gewöhnlichen Civilgerichten überlassen sind, hatte die preußische Gesetzgebung [49]), aus Ueberzeugung der Nothwendigkeit [50]), eigene Berggerichte organisirt, und die baierische Gesetzgebung [51]) wählte einen Mittelweg, in dem sie die Berggerichtsbarkeit den ordentlichen Civilgerichten übertrug, aber in erster Instanz dem Untergerichte den Bergbeamten des einschlägigen Bergamts, dem Appellationsgerichte einen Bergcommissär als Beisitzer zuordnete, und in letzter Instanz bei dem Oberappellationsgerichte einen ständigen Bergsenat aus drei Oberappellationsräthen und zwei Oberbergräthen bestehend, organisirte. Erwägt man, daß das

48) Reibnitz, Versuch eines Ideals der Gerichtso. I. Thl. S. 67.

49) Verordnung vom 21. Februar 1816 in der Gesetzsamml. Nro. 6.

50) Wir haben uns (heißt es in der Verordnung) durch Erfahrung überzeugt, daß die Instruktion und Entscheidung der dahin gehörigen Rechtsstreitigkeiten schneller und sicherer bewirkt wird, wenn sie sich in Händen von Männern befindet, welche mit allgemeinen technischen Begriffen zugleich wissenschaftliche Kenntnisse in diesem Fache verbinden, und mit der eigenthümlichen Terminologie bekannt sind.

51) Bair. Verordn. v. 14. September 1809.

Bergwesen ein ganz eigenthümliches Institut ist, bei welchem nur demjenigen, der technische Kenntnisse und unmittelbare Anschauung der bergmännischen Verhältnisse hat, es möglich wird, Bergstreitigkeiten gewisser Art, z. B. über Stollengerechtigkeit, über Vierung zu entscheiden, daß es hier auf die zarteste Verschmelzung der Foderungen der Freiheit der Bergbautreibenden mit dem wahren Interesse des Staats im Bergbau ankömmt, und daß dies nur mit Durchführung einer vernünftigen Strenge möglich wird, deren wohlthätige Folgen nur der Bergmann erkennt, z. B. bei Streit über auflässige Zechen. Betrachtet man, daß aus überwiegenden Gründen ohnehin alle Investitur und Verbriefung der Bergverträge, so wie das Berghypothekenwesen in das Bergamt gehört; erwägt man endlich, daß ein bloses Gutachten der Sachverständigen dem mit technischen Rücksichten nicht vertrauten Richter häufig unverständlich ist, daß auch der Beisitz eines Bergverständigen entweder dazu führt, daß nur dieser allein entscheidet, weil die anderen nicht zu widersprechen verstehen, oder daß er in jedem Falle den Richtern ein Collegium über Bergrecht lesen müßte, um sich deutlich zu machen, so muß gewiß der preußischen Einrichtung der Vorzug gegeben, und nur die Berggerichtsbarkeit weise, wie es in Preußen geschehen [52]), auf wahre Bergwerksstreitigkeiten beschränkt werden. Mit gehörigen Einschränkungen [53]), vorzüglich mit genauerer Bestimmung dessen, was Handelsgeschäft ist, mit gehöriger Vorsicht in der

---

52) F. Schulz, Handbuch des preuß. Bergrechts. (Essen, 1820.) S. 104.

53) Gegen die Handelsgerichte s. weitläufig Meyer esprit origine et progrès vol. VI. p. 479 – 494.

Besetzung durch Männer, welche mit Handelsgeschäften ebenso vertraut, als in der Rechtswissenschaft bewandert sind, und vorzüglich mit Beschränkung nur auf größere Handelsorte, dürfen selbst die Handelsgerichte nicht als störend betrachtet werden [54]), wenn man nicht lieber die Einrichtung vorzieht, daß zu den Sitzungen der gewöhnlichen Gerichte in Handelsstreitigkeiten Beisitzer aus dem Handelsstande beigezogen werden müssen [55]).

VI. Werfen wir noch einen Blick auf die Patrimonial-Gerichtsbarkeit, so kann es hier nicht mehr darauf ankommen, die lange bekannten Gründe gegen diese Gerichtsbarkeit anzugeben, hier gelte die Betrachtung nur ihrem Verhältnisse in ihren neuen Umgestaltungen durch die Gesetzgebungen, und in ihrer Beziehung auf die Foderungen der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit. Man würde sehr irren, wenn man die Patrimonialgerichtsbarkeit, wie sie vor 30 Jahren noch in den meisten Gegenden Deutschlands bestand, noch unverändert in ihrer jetzigen Gestalt suchen wollte. Während dort noch ein vom Gerichtsherrn allein angestellter, kaum juristisch gebildeter, unbedingt vom Gerichtherrn abhängiger Beamter, zunächst für die Betreibung der

---

54) S. viele Bemerkungen gegen die Handelsgerichte in dem niederrheinischen Archive von Sandt u. Zum Bach I. Bd. S. 269. — N. v. Graffen Bemerk. veranlaßt durch die veränderte Rechtspflege in Hamburg. 1816. — Ueber Handelsgerichte in Bezug auf Bremen. (Bremen 1817.) Für diese Gerichte s. M. H. Hudtwalker, einige Worte über die Bemerkungen des H. v. Graffen. Hamburg 1816. u. Archiv für das Handelsrecht. I. Bd. Nro. 1.

55) Z. B. nach frankfurt. Gesetz von 1817 in der Samml. der Statuten I. S. 122.

Renten, für Besorgung des Brauhauses u. a. thätig, in Nebenstunden auch die sogenannte Rechtspflege ohne Controle oft schlecht genug übte, haben die großen Umgestaltungen der Zeit wohlthätig auch dies Gebäude erschüttert [56]). Besonders sind es jetzt folgende Hauptpunkte, worauf die neue Gerichtsbarkeit beruht: 1) der Patrimonialbeamte hängt nicht mehr unbedingt vom Gerichtsherrn ab, sondern er ist mittelbarer landesherrlicher Beamter, er kann nicht abgesetzt und willkührlich entlassen, er muß vielmehr wie jeder andere Beamter durch Sicherstellung der Zukunft unabhängig gestellt seyn; 2) er kann nur dann, wenn er allen für die übrigen landesherrlichen Beamten vorgeschriebenen Prüfungen sich unterzogen hat, und nur nach Genehmigung des Staats, dem er präsentirt werden muß, angestellt werden; 3) alle Landesgesetze und Justizeinrichtungen binden auch ihn, ohne daß der Gerichtsherr das Recht hat, in die Ausübung der Justiz sich zu mischen [57]); 4) die landesherrlichen Obergerichte üben, wie über die anderen Gerichte, Aufsicht aus, und Appellationen gehen an die landesherrlichen Gerichte; 5) nach der Größe der Ausdehnung der Bezirke, und der Seelenzahl, nach der Wahrscheinlichkeit, daß darnach auch größere Justizanstalten möglich werden, giebt es Herrschafts-, Patrimonial- und Ortsgerichte, von welchen jedes Gericht mit um so geringerer Competenz versehen ist, je geringer die Ausdehnung ist [58]); 6) alle gemischten Gerichtsbar-

56) Neuere Gesetze in Klüber, öffentliches Recht des deutschen Bundes. S. 462.

57) Gut in der hanöverischen Verordn. v. 13. März 1821. §. 39.

58) S. das baierische Edikt über gutsherrliche Gerichtsbarkeit vom 26. Mai 1818. §. 31.

keiten, die an dem nämlichen Orte zusammentreffen, wo daher über einige Unterthanen des Orts der Landesherr, und über andere ein Patrimonialherr Gerichtsbarkeit hat, werden aufgehoben. [59])

Allerdings ist durch diese Einrichtungen mancher Schritt vorwärts zum Besseren geschehen, allein wir können uns doch nicht überzeugen, daß Patrimonialgerichte mit einer guten gerechten Justizeinrichtung und am wenigsten mit den Foderungen verträglich sind [60]), welche man mit Recht in Bezug auf Oeffentlichkeit macht. Erwägt man, daß die unbedeutende Ausdehnung des Gerichtsbezirks zur Anstellung von Beamten nöthigt, welchen auch andere administrative Geschäfte übertragen werden müssen, daß aber theils das Geschäft selbst, theils das Interesse des Gerichtsherrn und des Beamten ihn nöthigt, vorzugsweise den einträglicheren Verwaltungsgeschäften zu leben, betrachtet man die, aller Versuche ungeachtet, immer abhängige Stellung des Patrimonialbeamten, der, wenn auch nicht unmittelbar, doch mittelbar, leicht von dem Gerichtsherrn bestimmt werden kann, betrachtet man die durch Erfahrung bewährte Collision und die Neckereien der landesherrlichen und der Patrimonialgerichte, so kann man der Beibehaltung der Patrimonialgerichte nie das Wort reden, um so mehr, als sie, so lange sie fortbestehen, der nothwendigen Foderung der collegialischen Einrichtung widerstreiten, da die geringe Ausdehnung des Bezirks nur Einzelnrichter

59) Hanöver. Gesetz über die verbesserte Verf. der Patrim. Gerichte v. 13. März 1821. §. 1—9.

60) Auch hier gewährt der braunschweigischen Gesetzgebung (Vero. vom 26. März 1823) §. 9. das Verdienst, die Patrimonialgerichtsbarkeit völlig aufgehoben zu haben.

fodert; sie hindern aber auch die Einführung der Oeffentlichkeit, da, wie schon gezeigt ist, diese mit Einzelnrichtern nicht besteht, sie stehen der Reinheit der Justiz und ihrer Unabhängigkeit von allen Verwaltungsgeschäften im Wege, sie schaden der Einfachheit der Rechtspflege, so wie dem nothwendigen Zusammenhange der Gerichte, da sie die Gerichtsstände vermehren, und dadurch chicaneuse Einreden und Verzögerungen hervorbringen, selbst den Prozeß verzögern, indem zuviele Requisitionen, z. B. bei Zeugenvernehmungen, nöthig werden [61]).

Nur dann, wenn collegialisch eingerichtete, unter sich im Zusammenhange stehende landesherrliche Gerichte als Tribunale erster Instanz mit gleichem Ansehen, wie sie die Obergerichte genießen, in gehöriger nach dem Localbedürfnisse berechneter Ausdehnung der Gerichtsbezirke, und ergänzt durch zweckmäßig für einfache Gegenstände angeordnete Einzelngerichte und ebenso ergänzt durch eine weise eingerichtete Gemeindeverfassung ohne persönlich privilegirte Gerichtsstände bestehen, ist auf eine wahre durchgreifende Verbesserung des Verfahrens zu rechnen.

---

61) Der neueste Vertheidiger der Patrimonialgerichtsbarkeit ist Miller in der kritischen Beleuchtung S. 68.

§. II.

Reinheit der Gerichte durch Befreiung von allen fremdartigen Geschäften.

Solange nach der altdeutschen Einrichtung der comes oder seine Stellvertreter, und im Mittelalter die Pfleger, Landrichter, Drosten u. A. nicht selbst über Streitsachen Urtheile fällten, vielmehr regelmäßig nur durch Schöppen die Urtheile gefunden wurden, konnte es keinen Nachtheil bringen, wenn die Richter neben der Anordnung des Prozesses und der Vollziehung der Urtheile auch andere Geschäfte besorgten, welche wir im heutigen Sinne zu den Verwaltungssachen rechnen, wobei nicht unbemerkt bleiben darf, daß ohnehin in der älteren Zeit, welcher das Vielregieren und die ängstliche Staatsobervormundschaft unserer Zeit unbekannt waren, solcher Geschäfte nur wenige, und die Verhandlungsformen sehr einfach waren. Als aber seit dem 16ten Jahrhunderte die Schöppen aus den Gerichtshöfen verschwanden, und nur mehr die Richter, welche einst blos die Verhandlungen leiteten, jetzt allein handelten und entschieden, wurde die Einrichtung schon bedenklicher. Nach der Gerichtsverfassung, wie sie noch an vielen Orten in Deutschland besteht, erscheint der Gerichtsbeamte nicht blos als instruirende und rechtsprechende Person, sondern er ist mit verschiedenen anderen Geschäften beladen, welche man eben keinem andern Beamten übertragen konnte oder wollte; die Verbindung der sogenannten freiwilligen mit der streitigen Gerichtsbarkeit war schon lange veranlaßt, und bald kamen noch Polizei- und Verwaltungsgeschäfte hinzu. Der Gerichtsbeamte erster In-

stanz auf dem Lande wär darnach der geplagteste Mann in seinem ganzen Amtsbezirke, und seine Amtsthätigkeit lieferte ein Bild, welches eben nicht geeignet war, das Vertrauen der Bürger zur Rechtspflege zu begründen [1]. Hier sah man den armen Gequälten am frühen Morgen aufgeschreckt durch die polizeiliche Anzeige eines verübten Raubes, und seine Thätigkeit begann angestrengt während die Anzeige ausgebrochener Viehseuche schleunige Vorkehrungen foderte; um sieben Uhr marschirten einige Regimenter durch den Ort, und mußten vom Beamten einquartirt werden; dort kam ein Unterthan und foderte Hagelabschätzungstabellen, während der Nachbar den Consens zur Aufnahme eines Kirchenkapitals verlangte, und ein plötzlich schwer Erkrankter verlangt sein Testament zu machen. Kaum kömmt der Richter zurück in das Amtsgebäude, so findet er schon wieder ein Paar Befehle von der Oberadministrativbehörde, welche ihm Einsendung von Tabellen oder Vornahme der Conscription gebietet; ermüdet und gequält endlich durch die verschiedenartigsten Geschäfte kömmt er dazu, eine Commission im Civilprozesse abzuhalten, oder auf eingekommene Partheienschriften zu verfügen. Wer mag erwarten, daß ein solcher Mann, dessen Geist durch die Masse sich kreuzender Geschäfte fast zu Boden gedrückt wird, noch den Rathgeber der Partheien mache, daß er das ganze System des Prozesses durchstudire, und mit heiterem Geiste ein Urtheil über die verwickeltsten Streitigkeiten fälle? Wer erkennt nicht, wie wenig Heil von einer Uebertragung der auf Colle-

---

1) Puchta Beiträge zur Gesetzgebung und Praxis S. 82. bezeugt aus Erfahrung, daß dies oben gegebene Bild nicht übertrieben ist.

gialverfassung und Collegialcontrole, auf Reinheit der Justiz berechnete Untersuchungsmaxime auf ein Untergericht in der eben geschilderten Art zu erwarten ist? Es war daher eine in neuerer Zeit wohl begreifliche Ansicht, daß die Gerichte blos zum Rechtsprechen vorhanden seyen, daß ihnen Alles abgenommen werden müsse, was nicht nothwendig aus ihrer Stellung als rechtsprechende Behörden hervorgeht, und gewiß hat der französische Prozeß, der auf die Voraussetzung der Unabhängigkeit und Befreiung der Gerichte von allen fremdartigen Geschäften gebaut ist, wohlthätig zur Verbreitung dieser Ansicht beigetragen, welche vorzüglich dazu führt:

I. die sogenannte freiwillige Gerichtsbarkeit von der streitigen zu trennen;

II. die Verwaltungsgeschäfte völlig von denen der Justiz zu sondern, und

III. Vorschläge zu begründen, welche darauf abzielen den Gang der Instruktion zu vereinfachen, und dem Gerichte Lasten abzunehmen, welche nicht der Natur der Gerichte entsprechen.

I. Zur Ausbildung des Unterschieds der jurisdictio voluntaria und contentiosa hatte schon das römische Recht [2]) Veranlassungen gegeben, die Glosse glaubte wenigstens den Unterschied darin gerechtfertigt zu finden [3]).

---

2) l. 1. 2 D. de officio proconsul.

3) S. über die Geschichte Henrion de Pansey de l'autorité judiciaire cap. XIV. Meyer, esprit, origine et progrès. t. I. p. 290.

Es ist nicht zu verkennen, daß die Art der deutschen Rechtspflege, und die Grundsätze, welche über den Gebrauch der Siegel im Mittelalter galten, die Verbindung der freiwilligen und streitigen Gerichtsbarkeit bei dem nämlichen Gerichte begründeten; die alte Sitte, daß alle wichtigern Rechtsgeschäfte, z. B. Uebertragung des Eigenthums, Bestimmung eines Erben u. a., feierlich vor der ganzen Gemeinde vorgingen, verwandelte sich allmählig in den Gebrauch, alle solche Geschäfte vor den Repräsentanten der Gemeinde, den Schöppen der Stadt oder Gemeinde, und allmählig überhaupt vor dem Gerichte, auf welches die meisten Geschäfte der alten Schöppen übergingen, vorzunehmen; dazu nöthigte besonders noch die Foderung, daß die Urkunde zu ihrer Autorität ein gehöriges Siegel brauchte, so daß alle diejenigen, welche kein Siegel führen durften, die Autorität des Gerichts für ihre Urkunden aufsuchen mußten [4]. Dies Amt, Rechtsgeschäfte aufzunehmen und zu beglaubigen, wurde bald um so lieber ausgebildet, je einträglicher es war, und bald zu dem wichtigsten Zweige erhoben wurde, weil es besonders den Patrimonialgerichtsherrn die Gerichtsbarkeit Nutzbringend machte. Erst seit der französischen Revolution, seit der Zeit, als das französische Notariatsinstitut bekannter wurde, kam man auch zum Nachdenken über diese deutsche Art der Gerichtsbarkeit, und vertheidigte die Einführung der Notarien, bei welchen man freilich nicht an die alten kaiserlichen und päbstlichen Notare, ohne Ansehen, ohne Controle, häufig ohne Bildung, mechanisch im Schlendrian fortinstrumentirend denken muß. Die französischen Notarien, einer

---

4) S. Kaiserrecht II. 27. Bondam Com. ad specul. francon. belg. p. 75—77. Schwabenspiegel. cap. 311.

strengen Controle [5]) des Gerichts sowohl als der der Notariatskammer unterworfen [6]), zweckmäßig vertheilt im Lande, erscheinen theils als wohlthätige Rathgeber der Partheien, als Vermittler des Streits z. B. besonders bei Erbtheilungen, sie beugen am besten den Prozessen vor, da Interesse, Ehre, Umsicht und Uebung die sorgfältige und vollständige Auffassung des Rechtsgeschäfts ihnen möglich und zur Pflicht machen; in ihnen liegt ein Hauptgrund der Verminderung der Prozesse, da ihre Acte executorische Kraft, wie jedes rechtskräftige Urtheil, haben, und daher schleunige Execution begründen, wie dies auch die ältere Ansicht bei öffentlichen Urkunden im Mittelalter war [7]). Selbst die neuesten in einigen deutschen Staaten [8]) ergangenen Organisationen des Notariatswesens sind noch nicht geeignet, durch dies Institut jene Vortheile zu begründen, welche das französische Notariat giebt.

Es kann freilich nicht geläugnet werden, daß das französische Notariat, wenn man es in der Ausübung

---

5) Ueber den Umfang und die Art dieser Controle s. Carnot de la discipline judiciaire considerée dans ses rapports avec les juges etc. Paris 1825. pag. 77—99.

6) In der preußischen Verordn. über Notarien v. 25. April 1825 §. 48. sind die Notariatskammern aufgehoben.

7) Ueber diesen oft geleugneten Punkt giebt besonders eine in der Trierischen Kronik 1821 Monat Juni S. 124 abgedruckte Urkunde von 1405, wo am Schlusse der Urkunde alle Kraft (ähnlich einer französischen Notariatsurkunde) beigelegt, und den Contrahenten alles Recht gegeben wird, glycher wys als ware es yn mit rechten Scheffen Urtel im vollem gerite erteilt und zugewyst.

8) Z. B. Würtembergische v. 29. August 1819. — Notariatsordnung der freien Stadt Bremen vom 9. November 1820.

durch manche Notarien beobachtet, nicht geeignet ist, denjenigen zu befriedigen, welcher nicht gewohnt ist, die Ausführung von der Idee eines Instituts zu trennen. Der Fehler in Frankreich liegt darin, daß man geringe Ansprüche an die Notarien in Bezug auf die Kenntnisse, die sie besitzen sollten, gemacht hat; man begnügte sich, wenn der Notar nur ohne je eine gelehrte Rechtsbildung erhalten zu haben, einige Jahre bei einem anderen Notar als Schreiber gearbeitet hatte und dann einem sogenannten Examen vor der Notariatskammer sich unterwarf; daher ist es leider dazu gekommen, daß häufig die Notarien ihre Acte nur nach einem Formularbuche schmieden, ohne mit dem Geist der Gesetze, mit denen sie die Geschäfte in Einklang bringen sollen, vertraut zu seyn. Wie wenig sie daher auch oft passende Rathgeber für die Partheien seyn können, ergiebt sich leicht, wenn man die seichte Grundlage kennt, auf welcher das Wissen von Manchen ruht. Da noch der Notar dafür verantwortlich ist, daß die sehr hohen Enregistrementsgebühren in sehr kurzer Zeitfrist für die von ihnen gefertigten Acte bezahlt werden; da aber die Erfahrung lehrt, daß die wenigsten Partheien sogleich diese Gebühren bezahlen können, so sind die Notarien genöthiget die bedeutenden Summen vorzuschießen, und kommen dadurch zu sehr in die Lage, Geldgeschäfte machen zu müssen, die leicht über die Gebühr ausgedehnt werden können. Dazu kommt noch, daß überall ein Heer von Winkelagenten, Schulmeister, Greffiers der Bürgermeistereien mit dem Schmieden der Acte für die Bürger sich beschäftigt, und an manchen Orten auf eine sehr empfindliche Weise den Geschäftskreis und den Nahrungsstand der Notarien beeinträchtigt, wodurch die letzteren wieder genöthigt werden, Repressalien zu er-

greifen und durch eine lucrative Betreibung der Geschäfte, die ihnen zugewiesen werden, sich zu entschädigen [9]. Es ist nicht schwierig, diesen Mißbräuchen entgegenzuwirken, ohne deswegen das seiner Idee nach treffliche Institut aufzuheben. Sobald die Gesetzgebung von den Notarien strenge juristische Bildung und zwar den Universitätsbesuch verlangt, und die Notariatskandidaten einem zweckmäßigen Staatsexamen unterwirft, sobald das Enregistrement aufgehoben oder doch der Notar nicht weiter wegen der Bezahlung der Gebühren verantwortlich gemacht wird, vielmehr der Rentmeister die Summen von den Partheien selbst beizutreiben hat, sobald man mit Strenge gegen die Winkelagenten verfährt, und Verträge über Immobilien gar nicht durch Privatakte errichten läßt, sobald eine mit Umsicht entworfene Taxordnung den Notar vor Nahrungssorgen sicher stellt [10]) und dem Exzesse vorbeugt, so ist das

9) S. noch von Mißbräuchen des franzöſ. Notariats v. Feuerbach über Oeffentlichkeit und Mündlichkeit II. Band. S. 149 — 157.

10) Manche neue Taxordnungen scheinen aber wieder zum Extreme gekommen zu seyn, wenn z. B. die neue rheinbaier. Taxordnung v. 9. April 1822 IV. Abthl. §. 4 für ein Testament 3 Gulden und wenn es zur Nachtzeit gemacht wird 6 Gulden dem Notar anweist (freilich darf nach Absatz 3 der Notar, der sich zu gering honorirt glaubt, um ein höheres Honorar bei dem Präsidenten nachsuchen) man erwäge doch, wieviel Zeit die Fertigung mancher Testamente verlangt, welche Gefahr für seine Gesundheit selbst der Notar bei manchem mit ansteckenden Krankheiten Behafteten auszustehen hat, und wie groß die Verantwortlichkeit ist, welche den Notar, der 6 Gulden erhält, trifft, wenn der geringste Formfehler im Testamente Statt findet, so daß der Notar vielleicht 40,000 Gulden Entschädigung bezahlen muß.

Notariat das herrlichste Institut zur Verwaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

In neuerer Zeit haben sich in Deutschland zur Rettung der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Untergerichte achtungswürdige Stimmen, vorzüglich von Gensler [11]) und Puchta [12]) erhoben; der letztere hat noch ein treffliches Vorbild aufgestellt [13]), nach welchem diese Gerichtsbarkeit von den Gerichten wohlthätig und zweckmäßig geübt werden soll. Man beruft sich auf die gemeine angeblich blos mechanische Art der Geschäftsbetreibung durch die Notarien, welche man noch als wuchernde Banquiers darzustellen sucht, welche am Marke des Volkes saugten. Daß diese Vorwürfe wohl einzelne Personen, nicht aber das Institut selbst treffen, und daß sie leicht durch eine zweckmäßige Einrichtung beseitigt werden können, ist bereits bemerkt worden. Frage man diejenigen, die nicht mit Vorliebe für alle französischen Institute in verschiedenen Gegenden, wo französisches Recht gilt, längere Zeit lebten und das Notariat beobachten konnten, so müssen sie, wenn sie unbefangen und redlich Zeugniß geben wollen, bekennen, daß das Volk auch in Gegenden, wo früher die Untergerichte die freiwillige Gerichtsbarkeit übten, nicht Lust habe, seine Notarien gegen die alte Einrichtung zu vertauschen; sie müssen bezeugen, daß die Notarien gebil-

---

11) Gensler, Beitrag zur Gesetzgebung für Verfassung der deutschen Gerichte. (Heidelb. 1818.) S. 22.

12) Puchta, über die Gränzen des Richteramts in bürgerlichen Rechtssachen S. 154.; auch in der Schrift: Entwurf einer Ordnung des Verfahrens in Gegenst. der freiwill. Gerichtsbarkeit. S. 250—257.

13) Puchta, Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in nicht streitigen bürgerlichen Rechtssachen. Erlangen 1821. II. Bde.

dete, wohlthätig wirkende Rathgeber der Unterthanen sind, sie werden die Tadler auf Fälle hinweisen, wo vorzüglich in Erbschafts-Auseinandersetzungen die Notarien tagelang mit Umsicht und Gesetzeskenntniß die verwickeltsten factischen Verhältnisse auseinandersetzen, wo ein Gericht gar nicht Zeit fände, soviele Mühe auf diese Auseinandersetzung zu verwenden, und diejenigen, welche über die großen Kosten klagen, belieben die nicht bedeutenden Notariatsgebühren wohl von dem Enregistrement zu trennen, und das teutsche Gerichtssportelwesen, z. B. in der Erbschaftstheilung, mit den Notariatskosten zu vergleichen [14]). Man hat allerdings gewichtige Gründe für die Verbindung der freiwilligen und streitigen Gerichtsbarkeit bei den Untergerichten angegeben, man hat sich auf das Erforderniß einer durch Theorie geläuterten und gestärkten praktischen Erfahrung zur zweckmäßigen Verwaltung der Geschäfte, und darauf berufen, daß dies nur dem, welcher aus täglicher Beschäftigung mit Prozessen wisse, wie und worüber Prozesse entstunden, zugetraut werden könne; daß der Notar dagegen, dessen Geläufigkeit höchstens zur Routine würde, den Beruf nicht habe, um das am Angewöhnten sich findende Mangelhafte zu entdecken; daß bei Untergerichten allzuscharfe Trennung der Gewalten weder nothwendig noch rathsam sey; daß die Collisionen, welche durch die Verbindung entstehen sollen, nicht einzig und absolut in der Verbindung dieser Geschäfte mit den Gerichten liege; daß aber durch die Trennung dem Staate neue Lasten aufgebürdet würden, indem der Personaletat vermehrt werden müßte. Wir geben gerne zu, daß da, wo ein ener-

---

14) S. noch vom französ. Notariat Meyer esprit, origine etc. Vol. VI. p. 220—239.

gischer, mit seltenen Talenten, Pflichttreue, Geistes- und Willenskraft geschmückter, Unterrichter die freiwillige Gerichtsbarkeit ausübt, ebenso gut die Geschäfte verwaltet werden, wie dies bei dem gut besetzten Notariatsinstitute der Fall ist; allein die Frage ist nur: worauf kann der Staat rechnen, welche Einrichtung hat, nach dem Zeugnisse der Erfahrung und nach der Kenntniß der menschlichen Natur, Vorzüge? Erfährt man nun, daß der mit Geschäften aller Art so schwer beladene Unterrichter an den meisten Gerichtsstellen nur die allgemeinste Aufsicht über die freiwillige Gerichtsbarkeit ausüben kann, daß er die unmittelbare Verwaltung dagegen gewöhnlich einem von ihm angestellten, nicht geprüften, selten juristisch gebildeten, schon nach dem geringen Stande seiner Bildung zum mechanischen Dienste verurtheilten, Oberschreiber überläßt, der im alten Schlendrian forthandelt, welcher keine Theorie und keine prozessualische Erfahrung zur Veredlung des Geschäfts anwenden kann, so möchte man doch die hohen Erwartungen herabstimmen, und auch von der Controle und Aufsicht des Unterrichters nicht viel erwarten, der nur nach aufgenommenem Acte, ohne mit den Partheien selbst gesprochen zu haben, die Urkunde in formeller Hinsicht prüft, und zur tiefer gehenden Prüfung ebenso wenig Zeit, als Interesse hat. Bestätigt dagegen die Erfahrung, daß Jeder um so tüchtiger und vollkommener ein Geschäft treibt, jemehr er auf eine Gattung von Geschäften seine ganze Lebensthätigkeit wendet; weiß man, daß die Existenz des Notars nur von dem Vertrauen der Partheien abhängt, welche nicht nothwendig zu dem bestimmten Notare gehen müssen, daß er um so besser sich befinde, je ausgezeichneter er sein Geschäft treibt, so möchte man doch sich überzeugen, daß die Geschäfte besser von dem da-

bei sehr interessirten, nur einzig damit beschäftigten, Notar betrieben werden, der vielfach angespornt ist, durch das Studium theoretischer Schriften, durch Benutzung eigener und fremder Erfahrungen sein Geschäft zu veredeln, und seinen Ruf nicht unwiderbringlich zu zerstören. In Bezug auf die Civiljustiz aber kann es kaum einem Bedenken unterliegen, daß ihre Ausübung um so mehr gewinne, je mehr die Gerichte von allen fremdartigen zeitraubenden, den Geist ermüdenden, Geschäften befreit sind, je mehr der Richter, welcher zugleich freiwillige Gerichtsbarkeit übt, sonst in eine der Gerechtigkeit schädliche, wenigstens das Vertrauen der Partheien sehr schwächende Collision der Pflichten kömmt, nach welcher er zu oft in den Fällen Recht sprechen soll, in welchen er zuvor als Rathgeber der Partheien den jetzt streitig gewordenen Vertrag aufgenommen, und im besten Falle schon seine Meinung und seine Ansicht zuvor ausgesprochen hat, welche, selbst ihm unbewußt, psychologisch ihn nöthigt, der früher gefaßten Meinung im Urtheile treu zu bleiben. — Aber nicht blos mit Aufstellung von Notarien ist der freiwilligen Gerichtsbarkeit geholfen, es muß vielmehr durch Veredlung des Vormundschaftswesens, durch Wiederbelebung des altgermanischen Instituts, des Familienrathes [15]), durch zweckmäßige Hypothekenanstalten ein lebendiger Zusammenhang unter den Geschäften gegründet werden, welche man zur freiwilligen Gerichtsbarkeit gewöhnlich gezählt hat.

---

15) S. Beweisstellen, daß der Familienrath keine neue französische, sondern altgermanische Einrichtung ist, in meinen Grundsätzen des deutschen Privatrechts. §. 365. 66.

Selbst für die Geschäfte, bei welchen die Gesetze a) entweder zur Gültigkeit der Handlung gerichtliche Bestätigung verlangen [16]) b) oder bei welchen die Intercession des Richters nothwendig ist zum Besten derjenigen, welche ihre Angelegenheiten nicht selbst besorgen können [17]) c) oder des gemeinen Besten halber [18]) ist die Concurrenz des Richteramtes nicht nothwendig, es wird daher die Verbindung der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht gerechtfertigt [19]), da theils am zweckmäßigsten die Geschäfte der ersten Art vor den wiederherzustellenden Gemeinden, oder Ausschüssen derselben, vorzunehmen sind, oder viel besser z. B. die Angelegenheiten der Minderjährigen dem Familienrathe überlassen werden können. Es kann jedoch auch zugegeben werden, daß manche Geschäfte vorkommen, welche die Mitwirkung des Richters verlangen, und da wir selbst oben bemerkt haben, daß neben den Kollegialgerichten auf eine zweckmäßige Art Einzelngerichte bestehen sollen, so wird es der Gesetzgebung leicht werden, auf ähnliche Art, wie in Frankreich die Friedensrichter bei gewissen Geschäften mitzuwirken haben, den Einzelnrichtern eine zweckmäßige Einwirkung anzuweisen.

II. In Ansehung der Trennung der Verwaltung von der Justiz scheint es kaum einem Bedenken zu unterliegen, daß eine solche Trennung durchaus nothwendig ist, wenn man erwägt, wie jeder Zweig eine

---

16) Z. B. Emancipation, Adoption.

17) Bestellung der Vormünder, Alienation der Güter der Minderjährigen.

18) Vergleiche über künftige Alimente.

19) S. dagegen Oesterlei prakt. Bemerkungen über die Gerichtsverfassung. (Göttingen 1814) S. 39.

ganz eigenthümliche Bildung und Art der Thätigkeit verlangt [20]. Während der Verwaltungsbeamte die Bedürfnisse des Augenblicks wohl erwägend, schnell die Verfügung dem Bedürfnisse anpaßt, und bei der unendlichen Mannigfaltigkeit der Verhältnisse immer zum geschickten Einlenken bereitet seyn muß, während sein Geist sich mehr daran gewöhnt, schnell einzuschreiten, oft zu wagen, sich leichter über Formen hinwegzusetzen, und immer mehr das Wohl des Ganzen, weniger bekümmert um kleine Hindernisse oder Nachtheile für Einzelne, ins Auge zu fassen, geht der Richter seinen langsamen, ernsten, besonnenen Gang, er opfert keine Form auf, ihn kümmert das Bedürfniß des Augenblicks gar nicht, er frägt nicht darum, welchen Einfluß seine Entscheidung auf das Ganze haben werde, er hält sich blos an das Gesetz, und achtet nur das einzelne Recht, ohne je die leiseste Drehung zu wagen. Jeder einzelne Zweig fodert sein eigenes Studium ein ununterbrochenes Fortschreiten in der Wissenschaft, und eigenthümliche Hülfswissenschaften. Wer soll nicht mißtrauisch werden, wenn er erfährt, daß der nämlichen Person der Besitz aller dieser Kenntnisse zugetraut werden soll? Wer besorgt nicht, daß die den Beamten allein schon fesselnde, auch mehr interessante Ausübung der Verwaltung ihm kaum Zeit gönne, der ernsteren Rechtswissenschaft zu leben? Wer besorgt aber nicht, daß bei jedem Beamten eine der Tugenden, welche entweder zur Verwaltung oder zur Rechtspflege gehört, sich vorherrschender ausbilde, daß jenes Gewöhnen an schnelles Einschreiten, an künstliches Drehen der Verfügung nach dem Be-

---

20) S meinen Aufsatz in dem Archive für Civil-Praxis IV. Bd. S. 365.

dürfnisse des Augenblicks auch die gefährliche Herrschaft da übe, wo der Beamte Recht sprechen soll; so daß immer der Beamte entweder ein besserer Richter oder ein besserer Verwaltungsbeamter zum Nachtheile des anderen ihm noch anvertrauten Zweiges seyn wird? Noch darf nicht übersehen werden, daß in der Regel in den deutschen Staaten die Regierungen als Oberadministrativstellen die wichtigste Concurrenz bei Besetzung der Aemter ausüben. Dadurch wird der Beamte, welcher noch vorwärts kommen will, immer abhängiger von der Regierung, welche bei seiner Beförderung am meisten thätig ist; unvermerkt treibt er das Verwaltungsgeschäft mit Vorliebe, um sich Freunde zu machen, und gewöhnlich üben auf dem Lande die eben von Universitäten kommenden Assessoren und Accessisten die Rechtspflege aus, um an den Unterthanen ihre ersten Experimente zu machen. Vor allen aber lehrt die tägliche Erfahrung, daß Collisionen der Verwaltung und der Justiz unvermeidlich sind, daß zu den größten Feinden der Rechtspflege eben die Verwaltungsbehörden gehören, welchen häufig die unbeugsame kalte Justiz ein Gräuel ist, und zu manchem Widerstande und Einschreitungen Veranlassung wird. Wie oft wird gegen Neckereien und solche Versuche der Verwaltungsbehörden ein kräftiges Entgegenwirken der Richterstellen Pflicht? Wer aber mag glauben, daß der Beamte, der in der nämlichen Person die Rechte des Staats als administrativer Beamte vertreten und sicher stellen soll, unpartheiisch über die Rechte der Unterthanen entscheiden werde, um so mehr als bei sovielen Rechtsverhältnissen Rücksichten der Verwaltung einwirken? Vergebens versichert der Staat und der Beamte seine Unpartheilichkeit, die Grundlage einer gesicherten Rechts-

pflege; Vertrauen der Streitenden zu ihren Richtern kann unmöglich bei den Partheien vorhanden seyn. Wer mag demjenigen vertrauend die Entscheidung der wichtigsten Rechte übergeben, welcher neben der richterlichen immer noch mit einer polizeilichen und sonst ausgedehnten Gewalt bewaffnet ist, welche ihn in den Stand setzt, oft, vermöge der letzteren, etwas zu thun, was er als Richter strenge abwehren müßte? Unbedenklich hatte man auch seit Jahrhunderten immer bei allen oberen Behörden die Verwaltung strenge von der Justiz getrennt, nur bei den Untergerichten verband man Civil- und Criminaljustiz, Polizei und alle Arten der Verwaltung mit Ausnahme der Erhebung der Einkünfte. Die geringschätzende Ansicht von den Untergerichten, der Glaube an die Allmacht der Oberbehörden, und vorzüglich financielle Rücksichten, hatten die Verbindung begünstigt; erst durch die französische Revolution und durch die aus ihr hervorgegangene neue Gerichtsverfassung, in welcher die strengste Trennung der richterlichen von der Verwaltungsgewalt ausgesprochen war [21]), war auch in Deutschland wieder lebendig die Ueberzeugung von den Nachtheilen unserer deutschen Untergerichtsverfassung geworden [22]). Man hat es eingesehen, daß die dadurch nothwendig gewordene complizirte Geschäftsunterordnung die

---

21) Gesetz v. 16 — 24. August 1790 — und Kulenkamp, Beitr. zur Lehre von dem Verhältnisse der Rechtspflege zur Verwaltung nach der Verfassung Frankr. Göttingen, 1813.

22) S. Berg in Jaup's Zeitschrift. Germanien II. Thl. S. 53. — Oesterlei, prakt. Bemerkungen über die Gerichtsverfassung. S. 27. S. noch Verhandlungen der badischen Ständeversammlung 1822. Band II. S. 333. Band V. Beilage zu 46. Sitzung Band VI. S. 121.

nachtheiligsten Collisionen herbeiführt, indem der Unterrichter unter zwei verschiedene Oberbehörden kömmt, welche collidirend gegen einander wirken, so daß nicht selten der Landbeamte am Morgen den Befehl des Appellationsgerichts erhält, der Ausübung dieses oder jenes Rechts Lauf zu lassen, während am nämlichen Tage die Regierung, als Oberadministrativbehörde, den entgegengesetzten Befehl ertheilt. Mit Unrecht will man noch immer glauben machen, daß die Ausführung einer solchen Trennung zu schwierig sey, obwohl freilich alles Mögliche durch die Masse von Schreibereien, Tabellen-Controllen u. a. geschehen ist, um sie zu erschweren. Es bedarf nur auch hier der Wiederbelebung der alten Gemeindeverfassung, und eine Reihe von Geschäften, für die man aus Mißtrauen gegen die alte Gemeindeverwaltung landesherrliche Beamten haben mußte, fallen weg; die Bürgermeister in Städten, die Deputationen der Magistrate, die Vögte, Bauermeister, Schulzen auf dem Lande, dürfen nur in veredelter Form in ihre alten Rechte treten, und die Reinheit der Justiz wird bald gesichert seyn, besonders wenn eine weise organisirte Staatsbehörde (ministère publique), über welche an einem anderen Orte ausführlicher gesprochen werden muß, wohlthätig wirkt. Soll aber den Gerichten abgenommen werden, was ihnen nicht gebührt, so fodert mit Recht dafür die Justiz von den Administrativstellen zurück, was diese sich widerrechtlich angemaßt haben, wir meinen das von den deutschen Polizeistellen ausgeübte Richter- und Strafamt [23]), und die den administrativen Stellen

---

23) S. darüber Lotz im neuen Archive des Criminalrechts. III. Bd. Nro. 26.

in sogenannten administrativ-contentiosen Sachen zugewiesene Gerichtsbarkeit [24]. Daß in den höheren Instanzen die Trennung der Verwaltung von der Justiz vorzuziehen ist, wird selbst von denjenigen zugegeben [25], welche sonst die Trennung nicht für nöthig halten; sobald aber, was als Regel erkannt werden muß, die Kollegialgerichte künftig die regelmäßigen Gerichte erster Instanz bilden, ändert sich ohnehin das bisherige Verhältniß der Untergerichte; da aber leicht gezeigt werden kann, daß ohne die Trennung der Verwaltung die Justiz nicht ihre natürliche ihr gebührende Stellung als Vertreterin der Rechte hat, an deren Festigkeit alle Willkür scheitert [26], da durch die Verbindung der Administration und Justiz dem Gerichte die Möglichkeit entzogen ist, sich frei von den oft nicht zu billigenden Forderungen der Verwaltung zu halten [27], da sonst eine Alles lähmende Geschäftslast entsteht [28] so muß die Trennung der Justiz und Administration die Grundidee seyn, worauf die Organisation aller Gerichte, daher auch der Einzelngerichte beruht.

Zwei hochachtbare Stimmen dürfen jedoch bei dieser Betrachtung nicht überhört werden.

---

24) S. meinen Aufsatz im Archive für civilist. Praxis. IV. Band. Nro. XXIV.

25) v. Weiler über Verwaltung und Justiz und die Gränzlinie zwischen beiden. Mannheim 1826. Seite 25—28.

26) v. Feuerbach über Oeffentlichkeit und Mündlichkeit II. S. 19.

27) Müller, das Institut der Staatsanwaltschaft. Leipzig 1825. S. 160.

28) S. die Schilderung in Puchta über die bürgerliche Rechtspflege. (Erlangen 1826) Seite 180.

Rehberg [29]) tadelt die französische Trennung, er findet es monströs und in der deutschen Justiz unerhört, daß man, wie z. B. in Frankreich, Sachwalter in das Collegium aufnehmen muß, um nur ein von der gesetzmäßigen Zahl von Rechtsgelehrten abgegebenes Erkenntniß herauszubringen; er glaubt, daß nach deutschen Begriffen, die Gerechtigkeitspflege nur Eine unter mehreren Pflichten der Obrigkeit ist, daß die Obrigkeit dazu gesetzt sey, ihre Unterthanen in Zucht und Ordnung zu halten, und daß dazu auch die Entscheidung der Privatstreitigkeiten über Mein und Dein gehöre, daß daher in den deutschen Ländern, in denen sich die alte Nationaldenkungsart erhalten hat, keine gänzlich getrennte Hierarchie von gerichtlichen Behörden gebe. Allein es fällt nicht schwer, gerade das Gegentheil dieser Behauptungen aus der Geschichte nachzuweisen; die von der ersten Zeit an bis zur Einführung des römischen Rechts durchgreifende Ansicht, daß der königliche Beamte (Comes oder seine Stellvertreter) das Urtheil nie fälle, daß er nur das von freien Schöppen gefundene Urtheil ausspreche und vollziehe; die Sitte, daß in jeder Corporation, in jeder Hofs- oder Markenverbindung immer nur die Schöppen der Corporation Urtheil finden, ohne daß dem Vorstande, der im Namen des Schutzherrn oder des Regenten präsidirte, Stimmrecht zustand; die historisch begründete Ansicht, welche in dem Comes der fränkischen Verfassung eher einen mit dem heutigen Generalprokurator, als mit einem Richter zu vergleichenden Beamten sieht [30]), spricht gegen die Behauptung Rehbergs,

29) Ueber den Code Napoléon und dessen Einführung in Deutschland. S. 279.

30) S. P. J. Heylen in der Preisschrift zur Frage: cujus

und es ändert nichts, wenn der alte bajulus Vogt, Pfleger oder Amtmann einst auch Verwaltungsgegenstände besorgte, weil er damals nicht richtete d. h. Urtheil sprach, sondern nur dem Gerichte vorsaß. Erst das römische Recht, der Untergang öffentlicher Rechtspflege, das Verschwinden der Schöppenverfassung, haben mit der dem deutschen Character widersprechenden Einrichtung uns bekannt gemacht, nach welcher der Verwaltungsbeamte auch Prozesse allein instruirt und entscheidet. Wie wenig aber oft die Meinung derjenigen gegründet ist, welche eine jetzt in Frankreich bekannte Einrichtung eine neue, dem deutschen Rechte fremde, nennen, mag gerade die Sitte beweisen, die Advokaten in die Gerichtshöfe zur Aushülfe zu rufen; eine Sitte, die im Mittelalter in Deutschland sehr häufig vorkam [31]. Puchta [32]) hält die scharfe Trennung der Gewalten bei den Untergerichten nicht für rathsam, weil die

---

juris scripti usus obtinuerit apud populos belgic. a. saec. VII. usque XIII. pag. 57.

31) Nach einer ungedruckten Eidesformel der Advokaten des hohen Gerichts zu Cöln (wahrscheinlich aus dem XV. Jahrhundert) schwört der Advokat, nachdem er gelobt hat, divitibus pro pecunia, pauperibus propter Deum zu dienen: atque reverendissimo domino et eius officiali dum requisitus fuero in sententiis ferendis fidele consilium praestabo. In einer Gerichtsordnung zu Basel (aus dem XIV. Jahrhundert) in Ochs Geschichte von Basel. II. Bd. S. 364, heißt es: «item wenne auch die Zehne uß dem Gericht trettend sich umb ein Sach zu bedenkende sint si denne der Fürsprecher nothdürftig mit inen zu nemende so söllent si iren Rat und Rede des aller ersten verhören.»

32) Ueber die Gränzen des Richteramts in bürgerlichen Rechtssachen. S. 159.

Personen aus der niederen Volksklasse ihren Unterrichter in allen ihren, die öffentliche Verwaltung berührenden, streitigen und nicht streitigen Rechtsangelegenheiten als ihre erste Instanz betrachten, bei ihm Rath und Hülfe suchen, weil die scharfen Distinktionen im Organismus der öffentlichen Gewalt, nicht im Character der Deutschen liegen, weil es bedenklich wäre, das nothwendige Vertrauen zwischen Beamten und den Amtsbefohlenen durch eine Mißtrauen organisirende Trennung der Gewalten zu zerstören. Wir geben gerne zu, daß jetzt die Amtsbefohlenen in allen Angelegenheiten an ihren Beamten sich wenden, aber nur weil sie es müssen, da kein andrer Rathgeber ihnen geboten wird, oder weil der Beamte ein ausgezeichneter Mann ist, dessen Stimme Gewicht hätte, auch wenn er nicht Beamter wäre. Wenn aber vom Richter die Rede ist, so kann mit dieser Eigenschaft nicht die des Rathgebers bestehen, wenn nicht wenigstens eine Parthei Mißtrauen haben soll. Uns aber fällt nicht ein, durch die Foderung der Trennung der Gewalten Mißtrauen zu begründen, wir wollen vielmehr erst Vertrauen gründen, weil dies um so fester sich entfalten wird, je mehr derjenige, welcher entscheiden soll, unpartheiisch und ohne den Hinterhalt der administrativen Gewalt dasteht.

III. Am wichtigsten wäre die Ausführung des Vorschlags, die höchste Reinheit des Gerichts durch Entfernung aller Handlungen zu bewirken, welche in den deutschen Prozeß sich eingeschlichen haben, ohne zum Prozesse und zu dem Richteramte zu gehören. Im Laufe der Zeit (unter Einwirkung der Sportelsucht, die um so mehr gewann, je mehr gerichtliche Schriften nothwendig wurden) hatte sich im deutschen Prozesse die Ansicht gebildet, daß alle Handlungen

der Parthei von der Klage an bis zum letzten Vollstreckungsact ein Continuum ausmachten, daß alle in den nämlichen Acten in der gleichen Form vor dem Gerichte verhandelt werden müßten; alles, was irgend auf den Prozeß sich bezieht, muß darnach schriftlich bei Gericht angezeigt werden, worauf das Gericht durch Dekrete verfügt, jede, auch die unbedeutendste, Erklärung muß vor Gericht vorgehen, über jede Produktion einer Urkunde, über jede Aussage eines Experten wird eine Kommission von dem Richter abgehalten, über das unbedeutendste Nebengesuch werden Schriften gewechselt.

Ein ganz anderes Bild bietet der französische Prozeß dar. Nach dem Systeme desselben beginnt der Streit vor dem Gerichte erst da, wenn die Partheien sich wechselseitig über ihre Ansprüche so instruirt, und die Grundlage so weit hergestellt haben, daß sie in der Gerichtsaudienz ihre faktischen und rechtlichen Gründe zusammenhängend und ununterbrochen vortragen, und das Gericht in den Stand setzen können, darüber sogleich ein umfassendes Urtheil zu fällen, daher muß eine Vorverhandlung unter den Anwälden vorausgehen. (§. III.) Sobald das Urtheil über den streitigen Punkt gefällt ist, endigt auch die Thätigkeit des Gerichts, bis die Partheien wieder über einen neuen Punkt Urtheil begehren und auf zweckmäßige Weise alle Vorbereitungen gemacht haben, unter deren Voraussetzung das Gericht über den neuen Punkt urtheilen kann. Wenn daher der Parthei Beweis aufgetragen ist, so ist es ihre Sache, die Benutzung der Beweisesquellen zu betreiben, so wie es dann, wenn die Beweise gesammelt sind, und nur vorgelegt werden dürfen, damit das Gericht über den Werth der Beweise urtheile, wieder Sache der Parthei ist, welche aus den Beweisen ihr Recht

ableiten will, die Vorlegung an das Gericht zu bewirken, und jetzt erst kömmt der Prozeß wieder in die Gerichtssitzung, in welcher die gesammelten Beweise vorgelegt werden. Dadurch fallen freilich viele Handlungen, welche im deutschen Prozesse Partheienschriften und gerichtliche Dekrete veranlassen, weg; die eigentliche Prozeßinstruktion ist dadurch dem Gerichte fremd geworden; allein sie ist deswegen nicht der Willkühr überlassen, sondern geschieht theils in einzelnen Fällen auch von dem Gerichte, theils unter vorausgesetzter Autorität des Gesetzes, theils durch einige mit öffentlicher Autorität versehene Beamte, theils durch einzelne Gerichtsdeputirte; daher ist es Regel, daß auch über alle einzelnen Einreden, durch welche der Beklagte sich von der Einlassung befreien will, über alle Inzidentgesuche das Gericht entscheide, so wie es über die Bedingungen, unter welchen das Gericht einen Anspruch als gegründet erkennt, dekretirt, und durch Beweisinterlocut eine Grundlage liefert. Statt der vielen deutschen Communicativdekrete kennt der französische Prozeß die Verhandlung durch Anwälde unter sich, und durch den Gerichtsvollzieher. Alles, was nicht zur endlichen Entscheidung reif ist, was nur zur wechselseitigen Vorbereitung gehört, was der Audienz vorhergeht, theilen die Anwälde sich wechselseitig einander mit, ohne daß deswegen, wie manche deutsche Juristen irrig glauben, Willkühr und Ausschweifung eintrete. Da der gesetzliche Tarif (ein Grundgesetz, ohne welches der französische Prozeß gar nicht verstanden werden kann) genau die Zahl und die Art bestimmt, wann eine Schrift der Advokaten zulässig ist, so ist auch dadurch der willkührlichen Schriftenvermehrung vorgebeugt. Die wechselseitige Mittheilung der Schriften geschieht in

den von dem Gesetze voraus bestimmten Fristen von dem durch strenge Gesetze controlirten, verantwortlichen Huissier, der durch sein Exploit die geschehene Mittheilung genügend beglaubigt.

Andere Handlungen im Prozesse gehen aber wohl unter Einwirkung des Gerichts, nicht aber des ganzen Tribunals vor, indem es demselben nur darauf ankömmt, die Resultate zu erfahren, um über den juristischen Einfluß auf den Prozeß entscheiden zu können. 1) Alle wichtigen Prozeßhandlungen, bei welchen es auf die Benützung der Beweisquellen ankömmt, auf welche sich die Partheien bezogen, gehen vor den hiezu ernannten Gerichtsdeputirten vor; dahin gehört a) Vernehmung der Zeugen [33], b) Aufnahme der Erklärung über das interrogatoire par faits et articles [34], c) Vernehmung der Sachverständigen [35], d) Einnahme des Augenscheins [36]; 2) andere Erklärungen der Partheien, wo es darauf ankömmt, in einer bestimmten Zeit die Erklärung eines Theils zu erhalten, Vereinigung der Partheien über einen Punkt zu bewirken, eine Vorbereitung einer Gerichtshandlung möglich zu machen, gehen vor dem freilich nicht mit einem deutschen Schreiber gleichzuachtenden Greffier vor, welcher mehrere gerichtliche Acte selbst ohne Zuziehung des Richters vornimmt, z. B. Einsicht von Urkunden zu gestatten, Protokolle über Erklärung einer Parthei aufzunehmen [37], und vorzüglich das Organ ist, durch welches gewisse Schriften mitge-

---

33) Code de proc. art. 269. 272.

34) Art. 330.

35) Art. 305.

36) Art. 298.

37) Art. 198. 208. 217. 432. 571. 665

theilt, oder Anträge, Gesuche und Antworten darauf unter gerichtlicher Autorität zur Gerichtskenntniß kommen [38].

Gewiß verdient dies System, dessen Einfluß und Zusammenhang weniger aus dem Code oder aus einem Compendio, sondern mehr aus lebendiger Anschauung des französischen Gerichtsmechanismus erkannt werden kann, eine genaue Würdigung, um durch Benützung der auf Herstellung der höchsten Reinheit des Gerichts, auf Abnahme aller zeitraubenden zum Richteramte nicht gehörigen und blos mechanischen Lasten berechneten Grundidee dieses Systems und durch zweckmäßige Anpassung an die Hauptgrundsätze des gemeinen deutschen Prozesses bedeutende Vortheile zu gewinnen.

1) Nur jene Verhandlungen, über deren Resultat unmittelbar von dem Gerichte ein Urtheil gefällt werden soll, wo bereits alle nach dem Gesetze und nach der Natur der Sache nothwendige Vorbereitungen geschehen und die Instruction geschlossen ist, gehören vor das ganze collegialisch gebildete Gericht. Wenn daher die ersten Schriften gewechselt oder die nöthigen Erklärungen ad protocollum gegeben sind, oder wenn die Partheien überein kommen brevi manu ihre Ansprüche und Gründe sogleich in der Audienz vorzubringen, ebenso dann, wenn über einen streitigen Zwischenpunkt, welcher auf Entscheidung der Hauptsache und zwar auf die Materie unmittelbar Einfluß hat, entschieden werden soll, gehört die Sache vor das Gericht, daher auch dann, wenn die Beweise schon aufgenommen und gesammelt sind, und wenn nur mehr über ihren Werth zu entscheiden ist. Mit solcher Beschränkung

---

38) Art. 45. 47. 370. 392. 726. 915.

auf Gerichtsaudienzen läßt sich auch Oeffentlichkeit und Mündlichkeit unbedenklich einführen, weil schon eine Grundlage vorhanden ist, in gedrängten mündlichen Vorträgen von den gehörig vorbereiteten Partheien alles erschöpft werden kann, und das Gericht in den Stand kömmt, sogleich zu entscheiden.

2) Andere Prozeßverhandlungen gehören nicht vor das ganze Gericht, sie bedürfen aber einer öffentlichen Autorität, unter welcher sie vorgehen, welche nöthigenfalls kleine Streitigkeiten entscheidet, und Ordnung und Form in den Act bringt. Zweckmäßig gehen solche Handlungen vor einem Gerichtsdeputirten vor; vor ihm wäre die erste Aufnahme der Klage, Mittheilung derselben an den Beklagten, und die Einleitung des Vorverfahrens, so wie die Instruction jedes Zwischenpunktes, und die Benützung der Beweisesquellen zu veranstalten.

3) Andere Verhandlungen bedürfen dieser richterlichen Autorität nicht; hier genügt, weil es nur auf ihre Beglaubigung, auf den Beweis ihres Daseyns und der Zeit ankömmt, das Ansehen des angestellten Gerichtsschreibers; dahin rechnen wir die Einsicht der Schriften ad recognoscendum, die Abgabe der Erklärung einer Parthei, daß sie z. B. appelliren wolle; vor ihm kann z. B. die Einsicht der Schriften oder gewisser Gegenstände durch Sachverständige, vor ihm ein großer Theil der Verhandlungen in der Vollstreckungsperiode vorgehen.

4) Andere Verhandlungen könnten sehr wohl blos unter den Anwälden vorgehen. Sehr zweckmäßig kann oft den Partheien aufgetragen werden, daß sie in soviel Zeit sich über einen Punkt zu vereinigen hätten, z. B. über die Wahl der Sachverständigen; so genügt es oft im Prozesse, wenn nur eine Parthei der anderen etwas mittheilt, z. B. bei Fristen-

abschreibung kurz es dem Gegner meldet, und dem Gerichtsschreiber anzeigt, oder wenn z. B. im Zeugenbeweise die eine Parthei der anderen ihre Beweisartikel zustellt, oder wo die Parthei die andere einladet, etwas, z. B. eine hinterlegte Urkunde bei der Gerichtsschreiberei, in dieser Zeit einzusehen.

Kömmt dazu noch die strenge zu beobachtende Vorschrift, daß das Gericht sogleich bei jeder Handlung den Termin für die nächste ansetze [39]), wird der von Gönner [40]) gemachte Vorschlag beachtet, nach welchem jedes Communicativdekret nur auf die bei den Gerichtsacten bleibenden Eingabe gesetzt, und davon auf das dem anderen Theile zuzustellende Duplicat eingetragen, und die Verfügung einem Theile nur vorgezeigt wird, damit er sich Abschrift nehme, so wird gewiß der Geschäftsgang bedeutend einfacher, und von vielen Schreibereien und dem Wesen des Richteramts fremden Geschäften gereinigt werden.

---

§. III.

Einleitung eines Vorverfahrens vor dem Beginnen des Hauptprozesses.

Im deutschen schriftlichen Prozesse hatte sich die Sitte gebildet, daß ohne Trennung eines Vor- und Hauptverfahrens jeder Streit mit der vom Kläger bei Gericht eingereichten Klagschrift begann, worauf der Beklagte, der jetzt oft zum erstenmale etwas da-

39) Z. B. Bernischer Entwurf, Satz 98; — und baierisches Gesetz vom 22. Julius 1819. §. 2.

40) v. Gönner, Commentar zu dem baier. Gesetze. S. 42.

von erfuhr, daß der Kläger Ansprüche gegen ihn geltend machen wolle, einen Termin erhielt, um auf die Klage sich einzulassen, und Einreden abzugeben. Nur da, wo in Gerichtssitzungen verfahren, und auf die von beiden Partheien vorgetragenen Ansprüche entschieden wurde, gieng eine Verhandlung voraus, ehe die Sache in die Audienz gebracht wurde; durch den französischen Prozeß, welcher nach Audienzen verfährt, wurde in Deutschland die Zweckmäßigkeit der neuern Sitte zur Sprache gebracht; von neuen Gesetzgebungsentwürfen haben der von Engelhard [1]) und der hessische Entwurf [2]) dem Vorbilde des französischen Prozesses gefolgt [3]), nach welchem, ehe der Prozeß an das Tribunal kömmt, der Kläger in einem von dem Huissier verfertigten Exploit den Beklagten mit seinen Ansprüchen und Gesuchen bekannt machen läßt [4]), worauf in der vom Gesetze bestimmten Frist der Beklagte einen Anwald bestellt [5]), diese Bestellung durch einen Act des bestellten Anwalds dem Anwalde des Klägers durch das Organ des Huissiers mittheilt, vierzehn Tage darnach seine Antwort auf die Klage dem Anwalde durch einen ähnlichen Act [6]) signifiziren läßt, und worauf der Kläger auf gleiche Art seine der Replik ähnliche Erklärung auf die Antwort [7]) binnen acht Tage dem Anwalde des Beklagten zustellen läßt.

---

1) Entwurf. S. 11; — und Motive. S. 123.

2) Hessische Motive II. Heft. S. 9.

3) S. meinen ersten Beitrag dieser Betracht. S. 115.

4) Code de proc. art. 61.

5) Art. 75.

6) Art. 77.

7) Art. 78.

Jetzt erst läßt die Parthei, welcher am meisten daran liegt, die andere vor Gericht laden [8]).

Frägt man um den Zusammenhang der Einrichtung mit dem ganzen Systeme des französischen Prozesses, so kann die Consequenz nicht geläugnet werden. Da nach der französischen Ansicht das Gericht nur eintritt, wenn ein Urtheilsspruch über einzelne streitige präparatorische Schritte, oder über Vorfragen, oder über Regulirung der Beweisführung, oder wenn die Definitivsentenz nothwendig wird, da nur in Gerichtssitzungen verfahren wird, so muß für eine Grundlage der nachfolgenden Verhandlungen in der Audienz gesorgt werden, diese müßte entweder durch eine Vorverhandlung vor einem Gerichtsdeputirten, der die Anträge zu Protokolle nehmen müßte, oder durch Partheienschriften geschehen, welche durch das Gericht mitgetheilt würden; da aber das Gericht, als solches, mit einer Sache nichts zu thun haben soll, bis sie so reif ist, daß das Richteramt durch Entscheidung streitiger Punkte eintreten kann, so muß die Grundlage den Partheien selbst unter der Controle des Gesetzes und durch das Organ öffentlicher Beamten überlassen werden. Da Fristen durch das Gesetz bestimmt sind, innerhalb welcher immer eine Antwort erfolgen soll, da keine Parthei sich entschuldigen kann, daß ihr die Auffoderung zur Antwort nicht zugekommen sey, weil der Huissier die geschehene Insinuation beglaubigt, da das Gesetz vorschreibt, welche Hauptpunkte die Schrift der Parthei enthalten soll, da für die Mittel der Vertheidigung des Beklagten gesorgt ist, indem der Beklagte sogleich einen Anwald bestellen muß, da auch eine Verzögerung der Antwort nicht schaden kann,

---

8) Art. 80.

indem die Parthei, welcher am meisten daran gelegen ist, die Sache einseitig in die Audienz bringen kann, so scheint dies Verfahren alle Vortheile der deutschen Gerichtsmittheilungen zu gewähren, ohne den Nachtheil der Ueberladung des Gerichts mit unnöthigen Schreibereien zu haben, und die Vorzüge desselben hat man selbst durch die Berufung auf den römischen Prozeß verstärken wollen [9]), daß die französische Einrichtung ganz und genau das im römischen Prozesse dem Handeln vor dem Richter vorausgehende Editionsverfahren sey. Die Zwecke, welche den französischen Gesetzgebern bei ihrer Einrichtung vorschwebten, verdienen genaue Beachtung; ihnen war 1) darum zu thun, daß die mündlichen Verhandlungen in der Audienz gehörig begründet seyn sollten, damit die Partheien, welche über die wechselseitigen Ansprüche und Behauptungen belehrt wären, sich auf ihre Widerlegung vorbereiten könnten, damit nicht ein Theil mit Ueberraschung sich entschuldigen und daher Fristgesuche begründen könnte; 2) es sollte zugleich das wechselseitige Vorbringen fixirt werden, so daß kein Theil willkührlich etwas Neues vorbringen, den Gegner irre führen oder von seinen bereits gemachten Erklärungen wegläugnen könne; 3) es soll alles schon so weit vorbereitet seyn, damit die in der Audienz vorkommenden Verhandlungen nur weitere Erörterungen und Begründungen des jedem Theile schon bekannten Vorbringens seyn könnten, damit die Verhandlungen ununterbrochen auf einander folgen, und so reif seyn könnten, daß in den meisten Fällen sogleich in der nämlichen Sitzung das Urtheil des Gerichts gefällt werden könnte; 4) es sollten alle Vor-

---

9) Motive zu dem Gesetzbuche für das Großherzogthum Hessen. II. Heft. Einleitung. S. 4.

punkte, welche zur Einleitung und Fortsetzung eines Prozesses gehören, schon ehe die Sache an die Audienz kömmt, hergestellt seyn, insbesondere durch Aufstellung der beiderseitigen Anwälde, damit jede Parthei, als gehörig berathen, sich nicht mehr entschuldigen, oft absichtlich unförmlich handeln, vielmehr als gehörig vertreten und berathen mit desto größerer Strenge behandelt werden könne.

Mit Unrecht hat man oft in Deutschland diese in der französischen Vorverhandlung vorkommenden Schriften als Partheienschriften im deutschen Sinne z. B. als Exceptions- oder Replikschriften betrachtet; während die Ersten nur die Mittel der Begründung der nachfolgenden Verhandlungen enthalten, während sie gar nicht wesentlich sind, so daß auch ohne sie verhandelt werden kann, während nicht auf die Schriften in der Vorverhandlung, sondern nur auf das Vorbringen in den mündlichen Verhandlungen der Audienz, der französische Richter sein Urtheil fällt, sind es die deutschen Partheischriften allein, worauf das Urtheil gebaut werden kann, sie vertreten die Stelle der mündlichen Verhandlungen; nach den darin gegebenen Erklärungen wird jede Parthei beurtheilt.

Prüft man die französische Einrichtung, so können große Bedenklichkeiten, welche gegen sie sprechen, nicht unterdrückt werden.

1) Um den Verhandlungen Autorität zu geben, sah sich das Gesetz genöthigt, eine bedeutende Gewalt, die in Deutschland das Gericht ausübt, den Gerichtsvollziehern anzuvertrauen; das Ansehen seines Exploits entscheidet soviel als ein deutsches Communicativdekret, und auf den Grund desselben kann Verurtheilung erfolgen; eine solche Gewalt aber anzuvertrauen scheint gefährlich, da Huissiers

doch nie als richterliche Personen betrachtet werden dürfen, da sie eine zu große Versuchung haben, die Zahl ihrer Schriften zu vermehren, indem nur sie Vortheil davon ziehen, da die Controle, welche durch die Nichtigkeit im Falle einer unterlassenen Form ausgeübt wird, doch nie sichert, und nur eine Strafe für die Partheien ist, welche Verzögerung ihrer Prozesse leiden, da endlich die Erfahrung gezeigt hat, wie oft (begünstigt durch die Verhältnisse, den niedrigen Stand, Mangel an eigentlicher Bildung) die Huissiers ihre Gewalt mißbrauchen, in ihren Exploits versichern, einer Person eine Signification gemacht zu haben, während sie mit der Person gar nicht gesprochen haben, daß an einem Gerichte gegen Jemanden in contumaciam procedirt wurde, welcher schon sechs Wochen vor der Vorladung im Grabe lag [10]), daß selbst Betrügereien dritter Personen sehr leicht begünstigt werden [11]).

2) Vorzüglich sind dem Huissier zuviele Arbeiten anvertraut, welche ohne Rechtskenntnisse nie zweckmäßig geliefert werden können; sein Exploit ist nicht blos ein deutscher Insinuationsact, er enthält selbst eine Art von Partheischrift, indem darin Erklärungen der Partheien aufgenommen und zur Kenntniß des Gegners gebracht werden sollen. Schon die Klage, welche lichtvoll, klar und vollständig einen erfahrenen Juristen als Concipienten der Klagschrift voraussetzt, liegt in dem Exploit; der Huissier muß wissen, in welcher Zeit eine Vorladung erfolgen müsse, damit sie die Rechte der Parthei sichere; er muß die Bedingungen beobachten, unter welchen ein

---

10) Niederrheinisches Archiv IV. Bd. S. 135.

11) Beispiel in Legraverend, traité de la législation criminelle t. I. p. 556 not.

Act gültig ist, und Rechte begründet. Nur der mit den Gesetzen Vertraute ist im Stande alle diese Bedingungen zu erfüllen; von dem Huissier kann die Kenntniß nicht erwartet werden; das flüchtige Studium des Code civil, oder eines Manuel des huissiers, die jahrelange Praxis bei einem älteren Huissier, und die Nachahmung erlernter Formulare macht keinen Huissier zum Juristen. Daher hat auch die westphälische Gerichtsordnung [12]) die Verfertigung der Klagschrift den Anwälden aufgetragen, daher will Engelhard [13]), daß niemand zum Anwalde ernannt werden könne, der nicht zwei Jahre vorher Huissier gewesen ist. Wir zweifeln nicht, daß nach diesem Vorschlage tüchtig gebildete Huissiers viele Einwendungen beseitigen und das Amt selbst zu Ehren brächten; allein wir halten die Ausführung des Vorschlags für ungerecht, weil dadurch alle Talente über einen Leisten geschlagen, und ausgezeichnete Juristen nur mit Widerwillen diese zwei Jahre mit mechanischen Arbeiten zubrächten, und mittelmäßige völlig zu jeder höheren Arbeit verdorben würden.

In Gegenden des französischen Rechts hilft sich der Huissier gewöhnlich dadurch, daß er in schwierigen Fällen von dem Friedensrichter oder einem Anwalde Klageschriften u. a. sich aufsetzen läßt, und dann nur in seinem Exploit copirt [14]).

3) Aber auch abgesehen von den Huissiers dürften die unter den Anwälden allein geführten Vor-

12) Art. 6 — 12.

13) Entwurf einer verbesserten Gesetzgebung Satz 16 und Motive S. 10.

14) Nach rheinpreuß. Vero. v. 7. Juni 1821 ist die Ladung in allen Fällen, wo vor den Friedensrichter der Sühneversuch gehört, von dem Friedensrichter und nicht vom Huissier zu erlassen.

verhandlungen den Foderungen und Absichten der Gesetzgeber nicht entsprechen.

a) Es ist jedem Juristen bekannt, wie schon im deutschen Verfahren, wo der Richter jede Schrift prüft, und Verbesserung dekretiren kann, ein Hauptkunstgriff der Advokaten darin besteht, in den Partheischriften über Thatsachen schlau hinwegzuschlüpfen, einer bestimmten Antwort auf die jenseitigen Thatsachen, besonders einer Einlassung auf die Klage zu entgehen, und in ein klug gewähltes Halbdunkel ihr Vorbringen zu stellen. Wenn dies unter der Voraussetzung richtlicher Controle geschehen kann, wenn hier oft zwei- und dreimale Verbesserungsdekrete ergehen, soll nicht die Gefahr im französischen Prozesse noch viel größer seyn, daß die Anwälde in diesen außergerichtlichen Schriften nur vorbringen, was ihnen beliebt, daß sie schlau und versteckt sich erklären, und einen Act signifiziren lassen, der weder der Gegenparthei als Grundlage ihrer Vorbereitung dient, noch für die späteren mündlichen Verhandlungen Nutzen gewährt? Wirklich beweiset auch die Erfahrung, daß die Partheien durch diese Schriften gar nichts gewinnen, und nur erfahren, daß der Gegner Lust habe, sie zu chicaniren; daher sind diese Schriften gewöhnlich nur magere Gerippe in ein Paar Zeilen bestehend, weil hier nicht, wie in Deutschland, auf die unvollständige Schrift ein Dekret ergeht, welches Verbesserung aufträgt, sondern die gute, wie die schlechte Schrift nach dem Tarife bezahlt wird.

b) Den Hauptwerth für das Gericht sollten nach dem französischen Prozeßgange diese Schriften dann haben, wenn das Tribunal einen Referenten bestellt, und zum Gebrauche für die Berathung die Advokaten ihre Manualacten bei Gericht niederlegen müssen;

gerade hier aber beweiset die Erfahrung, daß die Schriften selten hinreichen, daß vielmehr das Meiste von dem, was die Partheien vortrugen, aus dem Gedächtnisse der Richter supplirt werden muß [15]).

c) Das Uebel wird um so größer, als der Anwald des Beklagten gar nicht auf das Exploit seine défenses zu übersenden nöthig hat, sondern ruhig abwarten kann, bis der Kläger nach dem fruchtlosen Verlaufe der zur Signifizirung der défenses bestimmten Frist, ihn in die Audienz vorladen läßt [16]), wo er nun alles vorbringen kann, was ihm beliebt, ohne daß der Kläger irgend etwas davon vorher erfuhr, so daß der Zweck des Gesetzes, Ueberraschung zu verhindern, gehörig vorbereitete Partheien in der Audienz zu erhalten, leicht zu vereiteln ist.

d) Hat aber auch der Anwald seine défenses signifizirt, so schadet ihm dies nichts; die magern, kurzen défenses sichern den Kläger nicht vor Ueberraschung; der Anwald hat das volle Recht, (schon erklärbar aus der fehlenden Eventualmaxime) abzuläugnen, was er will [17]), Einreden vorzubringen,

15) Auch Oesterlei in seinen pract. Bemerkungen über die Gerichtsverfassung S. 117 bezeugt, daß er unter mehr als 2000 Sachen, welche bei dem Tribunale zu Hannover vorkamen, sich sehr weniger erinnere, wo die schriftliche Vorverhandlung zu einer Relation hingereicht hätte.

16) Code de procédure art. 79.

17) Allerdings soll das in den Vorverhandlungen abgelegte Geständniß vom Anwalde nicht zurückgenommen werden bei der Audienz; allein da zu jedem Geständnisse eine Spezialvollmacht gehört (Code de proc. art. 352) so hat die Parthei ein leichtes Mittel, das abgelegte Geständniß aus der Rücksicht des désaveu (art. 353 — 362 code de proc.) zu vernichten.

die Thatsachen auf eine neue Art zu erzählen, und ein System der Vertheidigung aufzuführen, welches den Kläger, der vielleicht nichts davon errathen konnte, sehr überrascht, und das Gericht nöthigt, dem Begehren des Anwalds um Vertagung der Sache bis zu einer künftigen Sitzung zu willfahren. Eben so viel Recht seinen Gegner zu chicaniren, hat aber auch der Anwald des Klägers, da er noch immer, bis zur mündlichen Verhandlung, seine Conclusionen modifiziren und abändern kann [18]), und da das ohnehin nur kurze, dürftige Exploit, welches die Klagschrift enthält, ihm Raum genug giebt, neue Thatsachen anzuführen, welche den Beklagten überraschen.

Weise haben Engelhard [19]) und die Redaktoren des hessischen Prozeßgesetzbuchs [20]) diese möglichen Nachtheile gefühlt, und dadurch zu beseitigen gesucht, daß sie, und zwar Engelhard, bei Vermeidung des sonst anzunehmenden Eingeständnisses und der Ausschließung gebieten, daß der Beklagte in seinen défenses deutlich und auf jeden erheblichen Punkt besonders antworte, auch sämmtliche Einreden auf einmal vorbringe, und zwar so, daß die Parthei nur bei der mündlichen Verhandlung sich auf jene Thatsachen, Rechtsausflüchte und Beweismittel einzulassen braucht, welche in den schriftlichen Vorverhandlungen vorgebracht worden sind.

So scheinbar zweckmäßig diese Bestimmung ist, so wenig scheint sie doch mit dem ganzen Systeme des

---

18) S. Berriat St. Prix, procédure civile t. I. p. 220. — Sirey recueil de jurisprud. vol. VII. p. II. p. 1001. — S. noch v. Dalwigk Handbuch des französischen Civilprozesses II. Thl. S. 47.

19) Engelhard, Entwurf Satz 58. Besonders Satz 74.

20) Motive zum hess. Prozeßges. II. Heft. S. 29.

französischen Prozesses verträglich zu seyn, indem dadurch die Grundansicht verloren geht, daß nur die Verhandlungen in der Audienz selbst das Gericht binden und die Hauptsache sind, indem dadurch die Schriften der Vorverhandlungen deutsche Partheienschriften werden, was sich mit der Natur der Vorverhandlung, die nur Vorbereitung für die Partheien seyn soll, nicht verträgt, indem ohne Ungerechtigkeit die Vorschrift, daß nur über das schriftlich Verhandelte plaidirt werden dürfe, gar nicht durchzuführen ist, weil der Anwald des Beklagten bei der Undeutlichkeit und Unvollständigkeit des Exploit der Klagschrift nicht im Stande ist vollständig zu antworten, weil endlich die Eventualmaxime, wie wir zu beweisen versucht haben [21], dem Systeme des Prozesses, welcher mündliche Verhandlungen in öffentlichen Sitzungen kennt, nicht anpaßt, auch dem französischen Prozesse nicht bekannt ist. Es ist daher vorauszusehen, daß, ungeachtet der Vorschrift, die Gerichtshöfe, in welchen gewöhnlich ein gesunder Sinn bald Mittel findet, Härten des Gesetzes zu vermeiden, bald Restitutionen geben und nachhelfen werden, wozu der hessische Entwurf [22] selbst schon den Weg gebahnt hat.

4) Einen großen Nachtheil der französischen Vorverhandlungen finden wir aber noch darin, daß dadurch einfache Prozesse sehr verzögert werden, und zwar in allen Fällen, wo durch den bloßen mündlichen Vortrag beider Partheien in der Audienz das Gericht hinreichend in den Stand gesetzt worden wäre, zu entscheiden, während nach der allgemeinen

---

21) S. den ersten Beitrag dieser Betrachtungen §. 13. S. 97. Zweite Auflage S. 144.

22) Motive, Heft II. S. 69. Art. 44.

Vorschrift auch in der einfachsten Sache die Vorverhandlung vorausgehen muß, und dadurch wenigstens ein Zeitaufwand von zwei Monaten und Kosten von fünf bis sechs Thaler unnöthig verursacht werden.

5) Durch die Vorverhandlungen entbehrt auch das französische Gericht ein Mittel, welches wohl thätig zur Abschneidung der Prozesse wirkt; während der deutsche Richter bei einer durchaus formlosen, oder völlig grundlosen Klage das Recht, die Klage ohne weitere Mittheilung abzuweisen, ausübt, und dadurch den Streit im Keime erstickt, muß das französische Recht auch bei der muthwilligsten, völlig grundlosen Klage in den Vorverhandlungen die Sache fortschleppen lassen, bis der Streit einmal in die Audienz gebracht wird, weil früher das Gericht in den Streit sich nicht einmischen durfte.

6) Am wenigsten mögen diejenigen, welche alle Advokaten aus den Gerichtshöfen am liebsten verbannten, dies französische Verfahren loben, weil hiezu wesentlich Anwälde gehören, und daher den Parheien ein ungerechter Zwang zugefügt wird.

Wenn wir bisher auch die Vorverhandlungen in ihrer französischen Gestalt nachtheilig fanden, so ist es uns dagegen Pflicht, auf die Ideen aufmerksam zu machen, welche ihnen zum Grunde liegen, und welche sehr gut in dem deutschen Verfahren benützt werden können; wir rechnen dahin

1) die Einrichtung, daß nicht der Beklagte plötzlich überrascht und genöthigt werde, in einem bestimmten Termine sogleich auf die Klage zu antworten, von der er vorher nichts wußte, wo ihm daher die Vertheidigung sehr schwierig wird. Selbst die Prozeßpolitik räth dies zu vermeiden, weil Mancher gerne den Kläger befriedigt hätte, wenn aussergerichtlich die Klage ihm gedroht worden wäre, während er jetzt in

einer sehr begreiflichen Stimmung lieber den Prozeß fortsetzt, weil doch einmal der Streit schon bei Gericht anhängig ist. Es müßte daher die Einrichtung getroffen werden, daß in der Regel jeder Kläger (von den Ausnahmen unten bei den summarischen Prozessen) seine Klage dem Beklagten insinuiren und zur Befriedigung ihn auffordern lasse; mag dies entweder, wo ohnehin Friedensrichter bestehen, durch diese, oder durch einen Gerichtsdeputirten, welcher auf die Klage dekretirt, durch den Gemeindevorstand, oder auch durch Zusendung der Klagschrift mittelst des Gerichtsboten geschehen, der Termin zur Antwort müßte bestimmt, und nicht zu verlängern seyn; erst wenn keine Antwort erfolgt oder der Beklagte erklärt, daß er nicht befriedigen wolle, könnte bei Gericht der Prozeß durch Vorladung des Beklagten beginnen [23]).

2) Nicht zu vernachlässigen möchte die Einrichtung seyn, nach welchen in mehreren deutschen Gegenden wöchentlich gewisse Verhörstage angesetzt waren, an welchen die Partheien entweder freiwillig erschienen und ihre Ansprüche vortrugen oder zu welchen der Kläger den Beklagten vorladen lassen konnte. Wäre die Sache einfach, so verfügte der Gerichtsdeputirte selbst; bei wichtigeren Sachen wiese derselbe die Partheien zum schriftlichen Verfahren an; dann erst käme der Prozeß an das Tribunal selbst.

Ueberhaupt ist hier der Ort, auf die Nachtheile einer weit verbreiteten Ansicht aufmerksam zu machen, nach welcher man alle Rechtsstreitigkeiten in zwei Grundklassen, ordentliche und summarische, eintheilt, und für jede derselben eine gewisse strenge zu beobach-

23) Zum Bach vollst. Gegeneinanderstellung S. 152 zeigt, daß die preuß. Gesetzgebung sorgfältig beabsichtigt, den Beklagten in Kenntniß von der bevorstehenden Klage zu setzen.

tende Form vorschreibt, z. B. in Deutschland die Einreichung einer gewissen Zahl von Partheienschriften. Dadurch mußte der nämliche Zeit-, Kosten- und Kraftaufwand für die weder faktisch noch rechtlich verwickelte Sache, wie für die wichtigste Streitigkeit angewendet werden, und die Advokaten, welche nun einmal an die herkömmliche Schriftenzahl gebunden waren, füllten die Schriften nicht immer zum Vortheile der Wahrheit und der Deutlichkeit mit irrelevanten Ausführungen an. Unfehlbar ist eine Gesetzgebung um so zweckmäßiger [24]), je mehr sie den Richtern, welche zu entscheiden haben, und am besten bestimmen können, welche Art der Aufklärung sie dazu bedürfen, eine größere Freiheit läßt, und verschiedene Wege der Rechtsverfolgung anordnet, welche nach dem Bedürfnisse der einzelnen Fälle gewählt werden können; in dieser Hinsicht hat schon die preußische Gerichtsordnung einen großen Vorzug, indem sie dem Instruenten die Freiheit läßt, nach dem Bedürfnisse der Umstände den zweckmäßigsten Weg zu wählen, und entweder sogleich einen Termin zur Instruction mit Vorladung beider Theile zu setzen, oder einen besondern Termin blos zur Beantwortung der Klage zu bestimmen. Auf gleiche Art giebt auch überall das preußische Recht den Partheien die Wahl, ob sie mündlich und persönlich oder durch Justizkommissarien den Prozeß führen will. Auch die oldenburgische Prozeßordnung [25]) hat zweckmäßig dem Richter die Wahl gelassen, ob er nach eingereichter Exzeptionsschrift vorerst die

---

24) Meine Bemerkungen im Archiv für Civilpraxis VIII. Thl. S. 432 u. 435. S. auch von dieser Prozeßvergleichung IV. Beitrag. S. 37.

25) Prozeßordnung von 1824. §. 14.

schriftliche Erklärung des Klägers fordern, oder sogleich Instructionstermin ansetzen will. Am interessantesten aber ist die Prozeßordnung für Geneve [26]), welche, indem sie den Unterschied von ordentlichen und summarischen Sachen ganz verbannt, die einfachste Form, nämlich die, daß sogleich auf Anbringen der Sache bei Gericht die mündliche Verhandlung im Gerichte beginne, als Regel erklärt, jedoch dem Gerichte überläßt, in verwickelten Fällen einen der mündlichen Verhandlung vorausgehenden Schriftenwechsel anzuordnen, oder sogleich die Niederlegung der Urkunden und mémoires bei Gericht zu verordnen, und ohne weitere Plädoirie darauf hin zu urtheilen. — Wenn dagegen die neuesten Prozeßlegislationen z. B. der baierische Entwurf von 1825 für alle Sachen, die an Einzelnrichtern gehören, eine Prozeßart, und für die an die Kollegialgerichte gewiesenen Sachen eine andere fest normirte Verhandlungsart vorschreibt, und zwar in derselben einen deutschen Schriftenwechsel zuläßt, und dann erst nach geschlossener Verhandlung den Status Causae zu reguliren gebietet [27]), und darauf erst noch in der Audienz eine mündliche Verhandlung fordert [28]), so ist nicht ohne Grund zu besorgen, daß, wenn auch diese vorgeschriebenen Mittel der Prozedur zur höchsten Gründlichkeit führen, und in sehr wichtigen und verwickelten Fällen trefflich wirken, in den minder schwierigen Sachen, welche die Mehrzahl bilden (die Größe der Summe des Streitgegenstandes vermehrt nicht die Schwierigkeiten der Entscheidung) ein unnöthiger Aufwand von Zeit, Mühe,

26) Loi sur la procédure civile v. 1819.

27) Entwurf der baier. Prozeßordn. §. 364.

28) l. c. §. 691

und Kosten entsteht, wenn der Richter genöthigt ist, die auf die verwickeltsten Fälle berechneten Mittel der Aufklärung auch in den einfachsten Fällen anzuwenden.

---

§. IV.

System der Vertheidigung des Beklagten.

Es gehörte zu den nachtheiligen Ansichten, welche sich oft in die Praxis einschlichen, daß man sich gewöhnte, jede Schrift im Prozesse gleich wie die andere zu behandeln, gleiche Termine anzuwenden, und allen gleiche Wichtigkeit beizulegen. Als die Grundlage des ganzen Prozesses kann nur die Klage und die Antwort des Beklagten darauf betrachtet werden; hier hat die Gesetzgebung das höchste Interesse, dafür zu sorgen, daß der Thatbestand des Streits gehörig festgesetzt werde, daß auf jede Thatsache voraus ein Theil einen Anspruch ableitet, auch deutliche Antwort von dem Gegner gegeben, jede Dunkelheit gehoben und der Zusammenhang aller Thatsachen klar dargestellt werde. Vorzüglich stellen sich hier zwei Hauptsätze als entscheidend dar.

1) Alle Aufklärung, welche die Partheien geben sollen, bezieht sich auf den Zweck, das Gericht in den Stand zu setzen, ein erschöpfendes und gerechtes Urtheil zu fällen; nur dem Richter, welcher Thatsachen mit dem Gesetze vergleicht, schwebt es klar vor, über welche Thatsachen er Aufklärung bedarf, er muß daher bestimmen, in wie ferne eine gegebene Antwort genüge, und welche Mittel er für nothwendig hält,

um vollständige Aufklärung zu erhalten; daher also, und wegen der Verschiedenheit der Fälle, ist eine einzige Form der Beantwortung der Klage nicht aufzustellen, es muß vielmehr das Gesetz dem Richter eine Wahl der Mittel zugestehen, durch welche er sich Aufklärung verschaffen will, und bei jeder abgegebenen Erklärung der Parthei ihm die Prüfung ebenso als die Sorge für Vollständigkeit zur Pflicht machen.

2) Der richterliche Auftrag, Klage zu beantworten, kann nicht gleich mit anderen Aufträgen, z. B. eine bestimmte Urkunde zu produciren, Eid abzuleisten a. A., betrachtet werden, er ist vielmehr ein umfassender, der nicht durch eine einzige Schrift zu erfüllen ist, sondern erst wenn auch der Anfang mit der Erfüllung von der Parthei gemacht ist, nähere Erläuterung und schärfere, speziellere Anweisung um so mehr bedarf, je weniger der allgemeine Auftrag zum Ziele führte. Bei der gesetzlichen Regulirung des Verfahrens in Aufnahme der Vertheidigung des Beklagten kömmt es vorzüglich I. auf eine Form an, die Vollständigkeit der Erklärung und Wahrheit derselben sichert, dem Richter die gehörige Einwirkung möglich macht, und der Parthei ihre Verpflichtungen bestimmt vorschreibt; II. auf die Gestattung der Fälle, in welchen das Gesetz den Beklagten von einer definitiven Antwort befreit und sich nur mit einer vorläufigen begnügt; III. auf Gestattung eines Termins, welcher nicht durch seine Länge und Unbestimmtheit den Zweck des Prozesses vereitelt, aber auch durch seine Kürze nicht die Partheien kränkt; IV. auf die Folgen der Nichtbefolgung der richterlichen Aufträge.

Prüfen wir bei dem ersten Punkte die Vorzüge des mündlichen Verfahrens, das nach Audienzen regulirt wird, des mündlichen Verfahrens nach

den Vorschriften des preußischen Prozesses, und der rein schriftlichen Verhandlung, so scheint das Erste gerade in diesem Punkte die meisten Einwendungen gegen sich zu haben 1) sie setzt den Beklagten zu sehr der Gefahr aus bei verwickelten Streitverhältnissen irgend eine Thatsache zu übergehen, weil er nicht schnell genug ihre Wichtigkeit auffaßt, und wegen Mangels einer Grundlage sich nie hinreichend auf Vertheidigung vorbereiten kann; 2) es fehlt an einem Mittel, alles Eingestandene gehörig festzuhalten; die große Masse des Vorbringens bewirkt, daß der Richter, wenn es zum Votiren kömmt, leicht etwas übersieht, oder nicht mehr mit Zuverlässigkeit weiß, ob es eingestanden ist; auch entgeht bei langedauernden Prozessen zu leicht ein factischer Umstand, der vor Jahren vorgetragen wurde; der Richter muß seinem Gedächtnisse trauen, das leicht untreu wird; für die nachfolgenden Instanzen fehlt es an jedem Mittel die Erklärungen zu fixiren; selbst die Partheien, ungeachtet sie sich zum Theile sichern können, indem sie Acte über das Eingestandene begehren, sind nicht vollständig gesichert, weil sie oft im Laufe der Verhandlung einen Umstand nicht für so wichtig hielten, und daher versäumten die Erklärung protocolliren zu lassen; 3) die Beschaffenheit der mündlichen Verhandlung verträgt sich nicht, wie wir aus den französischen Gesetzen bereits gezeigt haben [1]), mit der Eventualmaxime; das Gesetz muß eine Theilung des Vorbringens gestatten, weil sonst die Masse zu groß wird, und daher nicht leicht festzuhalten ist. Daß daher der Prozeß verzögert wird, ergiebt sich leicht; 4) wegen des getrennten Vorbringens aber, und der Pflicht

1) Erster Beitrag dieser Betrachtungen, §. 13.

der Richter, über jeden einzelnen Punkt abgesondert zu entscheiden, leidet die Klarheit der Uebersicht; — nur zu leicht wird das vor Jahren Vorgebrachte, wenn es zum Endurtheile kömmt, vergessen, oder nur halb aufgefaßt; 5) so wie auch das Gericht sich genöthigt sieht, viele Fristenverlängerungen zu gestatten, sobald eine Parthei eigend einen neuen Umstand vorbringt, oder der Anwald des Gegners erklärt, daß er darauf nicht vorbereitet sey, und daß er sich daher erst näher erkundigen müsse; 6) daß aber auch für spätere Berathungen keine sichere Grundlage, eben so wenig wie für die nachfolgenden mündlichen Vorverhandlungen, durch die Schriften der Vorverhandlung, geliefert wird, ist bereits §. III. gezeigt worden, und die großen Vortheile der Lebendigkeit des mündlichen Vortrags, die Selbstüberzeugung der Richter, werden sehr durch die aufgezählten Nachtheile vermindert.

Von allen Formen befriedigt am meisten unter bestimmten Voraussetzungen gedacht, die des preußischen Prozesses besonders dadurch, daß der Richter hier nicht wie im schriftlichen Verfahren, mit einer einfachen Auffoderung an den Beklagten, die Klage zu beantworten, und mit einer hierauf eingereichten sogenannten Exzeptionsschrift sich begnügt, sondern ununterbrochen thätig von Amtswegen jede Dunkelheit aufdeckt, den unerfahrnen Beklagten unterstützt, der listigen Verdrehung durch kräftiges Benehmen zuvorkömmt, vorzüglich aber nicht eine einzige Form wählt, um eine vollständige, klare und möglichst materiell wahre Antwort des Beklagten zu erhalten, sondern daß er genau sein Benehmen dem Bedürfnisse anpaßt, und gerade jene Form wählt, welche am besten nach der Beschaffenheit des einzelnen Falls paßt. Eine feierliche Litiscontestation ist im preu-

ßischen Prozesse überflüssig, weil das wenigstens beabsichtigte persönliche Erscheinen der Partheien, und die mündliche Vernehmung es dem Instruenten leicht macht, über jeden dunkeln Punkt Aufklärung zu verschaffen, weil jede Parthei schuldig ist, sich auf Erfodern des Richters über die vorgelegten Thatsachen zu erklären [2]), weil dem Gesetze besonders darum zu thun ist, vom Beklagten eine treue und ausführliche Erzählung des Factums zu erhalten [3]), und der Instruent diese nur zu zergliedern, Punkt für Punkt mit dem Vortrage des Klägers zu vergleichen, und über jeden Punkt den Beklagten zu befragen braucht, weil endlich die Regulirung des Status causae dem Schlusse die beste Gelegenheit giebt, alle Zweifel zu heben. Schon dadurch, daß dem Richter genaue Prüfung der Klage vorgeschrieben ist, wird mancher Nachtheil vermieden [4]), vorläufige Anstände werden gehoben, grundlose Klagen werden abgewiesen, und durch rechtzeitige vorläufige Verfügungen an den Beklagten oder an Dritte, wird vielen Einwendungen vorgebeugt. Es hängt nun vom Instruenten ab, ob er sogleich einen Termin zur Instruction der Sache überhaupt, oder vorerst zur Beantwortung der Klage anberaumen will; das letzte soll nur geschehen, wenn die Sache einer weitläufigen Erörterung bedarf, entweder wegen wahrscheinlicher Einwendungen des Beklagten oder weil der Klagegrund auf vielen zusammengesetzten und verwickelten Thatsachen beruht [5]).

In jedem Falle liegt dem Instruenten ob, gehörige Information mit dem Beklagten vorzuneh-

2) Preuß. Gerichtso. Einleitung, §. 14.

3) Gerichtso. Tit. IX. §. 3.

4) Gerichtso. Tit. VI.

5) Gerichtso. Tit. VI. §. 12.

men [6]), wobei der Beklagte über die vorläufigen Einwendungen, über den Grund der Klage, die Beweismittel des Klägers, über peremtorische Einreden, und über vermuthliche Einwendungen des Klägers, über etwaige Gegenfoderungen befragt wird. Nach der Informationseinziehung kömmt es darauf an, ob nur Termin zur Klagsbeantwortung oder zur Instruction der Sache zugleich bestimmt war. Im letzten Falle wird das Beantwortungsprotokoll, welches der Instruent oder der Assistent des Beklagten aus der Information gezogen hat, und worin das Factum, nach Erzählung des Beklagten deutlich und umständlich vorgetragen, jede Einwendung des Beklagten mit sachgemäßem Antrage angegeben wird [7]), dem Kläger oder seinem Assistenten vorgelegt, wo aber dann nicht alle bei der Information gemachten Vorhaltungen und Bedeutungen in das Beantwortungsprotokoll aufgenommen werden [8]).

War der Termin zur Beantwortung der Klage allein gesetzt, so macht der Instruent die geeigneten Vorbereitungen zum Instruktionstermine [9]); wenn auch Klagbeantwortungstermin gesetzt war, so kann der Beklagte vor dem Termine ein schriftliches Promemoria mit allen Einwendungen auf die Klage einreichen [10]). Findet der Instruent, daß darin hinreichende Beantwortung der Klage liege, so muß er dem Kollegio dasselbe vorlegen, und ist auch das Kollegium damit einverstanden, so wird mit Auf-

---

6) l. c. Tit. IX. §. 1 — 12.

7) Gerichtso. Tit. IX. §. 16.

8) l. c. §. 14.

9) §. 36.

10) §. 15.

hebung des Beantwortungstermins unter Communication der schriftlichen Antwort an den Kläger sofort ein Termin zur Instruktion der Hauptsache anberaumt. Findet das Kollegium das Promemoria nicht genügend, so dient es nur zur Information des Instruenten, und der Beklagte hat im Beantwortungstermine zu erscheinen.

Nachgeahmt sind diese Bestimmungen in dem würtenbergischen Gesetze vom 31. December 1818 [11]. Der Beklagte kann auch schriftliche Antwort darnach einreichen, jedoch ohne Rechtsausführung, und in jedem Falle wird er darüber noch abgesondert mündlich gehört [12]. Auch die oldenburgische Prozeßordnung [13] enthält zweckmäßige Verbindung des Schriftenwechsels, soweit er eine Grundlage gewähren muß, mit der freieren Thätigkeit des Instruenten im mündlichen Instruktionstermin.

Es ist nicht zu bezweifeln, daß der preußische Instruent, wenn er seine Pflicht mit Eifer erfüllt, im Stande ist, eine materiell wahre, vollständige und klare Klagsbeantwortung und dadurch eine treffliche Grundlage für alle nachfolgenden Verhandlungen zu gewinnen, und unbedingt müßte man dieser Form den Vorzug geben, wenn nicht zu den gegen Anwendung der Untersuchungsmaxime schon angegebenen Bedenklichkeiten [14] noch neue in der besonderen Anwendung der Maxime auf die Aufnahme der Vertheidigung kämen.

---

11) §. 88 — 97.

12) Nach der würtenberg. Novelle vom 15. Sept. 1822 §. 11 — 14 ist manche Vorschrift des früheren Gesetzes modifizirt.

13) Prozeßo. v. 1824. §. 12 — 14.

14) S. ersten Beitrag dieser Betrachtungen, §. VIII. S. jedoch dagegen noch Zum Bach vollständige Gegeneinanderstellung. S. 163.

1) Erschienen die Partheien in jedem Prozesse selbst, so ließe sich von der Thätigkeit des Richters ein wohlthätiger Erfolg erwarten. Ein Zwang zur persönlichen Erscheinung, widerstreitet aber selbst dem preußischen Rechte; wenn aber Advokaten gesendet werden, so ist es unvermeidlich, daß der Instruent über viele Thatsachen Fragen stellt, auf welche der Advokat gar nicht antworten kann, weil es z. B. auf Familienverhältnisse ankömmt, die der Advokat nicht kannte; hier bittet er um die Erlaubniß, sich erst erkundigen zu dürfen oder er affektirt den non instructum und das Gericht, wenn es nicht unbillig seyn will, muß neue Termine ansetzen.

2) Gerade bei diesem Fragerechte des Instruenten ist keine Grenze zu erkennen; dem unbescheidenen und neugierigen Beamten ist hier eine mit der Freiheit der Bürger schwer verträgliche, bei einzelnen Familienverhältnissen die Delikatesse ebenso verlezzende als bei Handelsverhältnissen leicht schädliche, Befugniß eingeräumt, über Gegenstände zu fragen, die er in irgend einem entfernten Zusammenhang mit dem Streite zu stellen beliebt.

3) Soll die Form zweckmäßig wirken, so liegt es besonders in der Informationseinziehung; dadurch aber wird eben von dem Instruenten etwas gefodert, was nur sehr ausgezeichneten Beamten zugetraut werden kann. Er soll mit gleicher Unpartheilichkeit den Prozeß mit dem Kläger prüfend durchgehen, ihn auf alle Einwendungen aufmerksam machen, ebenso umsichtig dasselbe bei dem Beklagten thun, ihn auf Einreden, auf die möglichen Einwendungen des Klägers dagegen, hinweisen; wer mag, wenn er das menschliche Gemüth kennt, nicht glauben, daß bei dieser zweifachen Information unvermerkt jetzt schon der Instruent Parthei ergreife, und daß diese vor-

gefaßte Ansicht unwillkührlich in der Informationseinziehung durchblicke und nachtheilig wirke. Auch kann auf Wirksamkeit der Form nur dann gerechnet werden, wenn der Instruent auf das Vollständigste sich vorbereitet, und nun fragen wir, ob bei dem Geschäftsdrange der Untergerichte, bei dem Zuströmen rechtsuchender Partheien auf solche Vorbereitung in der Regel gerechnet werden kann?

4) Dürfen wir dazu noch die Erfahrung hinzunehmen, daß soviele Menschen gar nicht die Besonnenheit des Augenblicks haben, daß sie nur da etwas Vollständiges und Tüchtiges zu Tage fördern, wenn man ihnen Zeit läßt, wenn sie alles überdenken können, so ist nach solcher Erfahrung zu besorgen, daß Instruenten (wie schlendrianmäßig und mechanisch fallen die meisten Verhöre in Criminalprozessen aus?) nicht die nöthige Besonnenheit haben, welche umsichtig sogleich im Augenblicke um das Rechte frägt, nichts vergißt, und ist nicht das Nämliche von den Assistenten zu besorgen, die, nicht rasch genug denkend, nicht die Folgen jeder Antwort überlegend, Antworten geben, welche in der Folge nachtheilig werden?

Sollte dann nicht angenommen werden dürfen, daß der Anwald, welcher Zeit genug hat, das System der Vertheidigung zu durchdenken, welchem jede Behauptung vor Augen liegt, eine bessere Antwort geben werde, als sie der Instruent unter den geschilderten Umständen bezwecken wird.

Allerdings scheint die schriftliche Verhandlung noch mehr Bedenklichkeiten gegen sich zu haben, und die Art, wie die Praxis die Sache gewöhnlich treibt, kann auch unmöglich Bewunderer finden. Der allgemein richterliche Auftrag, Klage zu beantworten oder (in der sauberen Formel) die exzeptivische Noth-

durft beizubringen, führt unmöglich zu einer bestimmten Antwort; der Beklagte, welcher über Manches hinwegschlüpft, hat immer die Entschuldigung für sich, weil er nicht wußte, was der Richter speziell zu wissen verlangte. Die Versuchung ist aber auch da, wo der Anwald des Beklagten weiß, daß Alles mit einer Schrift abgemacht ist, die den Titel der Exzeptionsschrift hat, für ihn zu groß, eine bestimmte Antwort zu umgehen, über Thatsachen hinwegzuschlüpfen, schlau und listig die Antworten zu verflechten und Litiscontestation und Einreden so vorzutragen, daß es schwierig wird nur herauszufinden, was zu jeder von Beiden gehört. Ist dann noch die Klageschrift undeutlich oder unvollständig gewesen, war sie ungeprüft mitgetheilt, so hat der Beklagte noch mehr Entschuldigung für sich. Schleicht sich dann auch die Sitte ein, die Exzeptionsschrift, in welcher oft gar keine exceptio vorkömmt, ad replicandum mitzutheilen, und wissen dies die Anwälde, so ist keine Hoffnung da, daß durch den bloßen Schriftenwechsel der Zweck der ersten Verhandlungen vollständig erreicht werden kann. Die Schuld liegt aber nicht in den Gesetzen, sondern nur in der Praxis und in gewissenlosen Richtern, die an die Form sich halten, und sich selbst zu Maschinen herabwürdigen, und in Anwälden, die auf die Nachsicht der Richter schlau rechnen.

Solange im älteren deutschen Rechte der Richter noch durch Fragen an die Partheien die Dunkelheiten löste [15], solange im canonischen und älteren Reichsprozesse die speziell gestellten Artikel und später die Positionen, welche die Punkte, worauf es ankam,

---

15) Hauschild, Gerichtsverf. der Deutschen. S. 49. — Kopp hessische Gerichtsverf. I. Thl. S. 437.

klar hervorhoben, den Beklagten zu einer gleichen bestimmten punktweisen Antwort nöthigten [16]), hielt die Strenge der Form so wie selbst die Schärfe der Termine, von welcher jeder für eine besondere Art des Vorbringens bestimmt war, die Partheien in Ordnung. Als allmählig aus den einzelnen Schritten ein Ganzes wurde, als die Antwort auf die Klage nicht mehr allgemein seyn durfte, als alles Vorbringen in eine Exzeptionsschrift gedrängt werden sollte, fingen die Richter an von vier Schriften zu sprechen, und glaubten, daß mit der einen Schrift des Beklagten auf die Klage alles abgethan sey; die Masse der aufgebürdeten Geschäfte machte die Richter gleichgültiger gegen Schriftenwechsel, falsche Ansicht von der Verhandlungsmaxime trug das ihrige dazu bei, und der Sinn der Reichsgesetze wurde bald um so weniger verstanden, jemehr man die Litiscontestation für bloße Formalität hielt, sich mit dem bloßen Wort: Kriegsbefestigung begnügte [17]), ohne auf den Inhalt Rücksicht zu nehmen, während eine neuere, der Geschichte fremde, Ansicht die Litiscontestation als ein mögliches Vertheidigungsmittel des Beklag-

---

16) S. üb. die Form Tengler's Laienspiegel Fol. LXXXVII. Baierische Gerichtsordnung v. 1520. Tit. V. Art. 18 — 20. insbesondere noch Giesebert periculum Statutorum p. 207. Alciat judiciarii process. compend. p. 190.

17) Merkwürdig ist das Formular, welches Termineus processus juris scripti et consuetud. (Colon. 1582.) pag. 105 uns giebt; es heißt: auf die vermeinte Klag sagt Beklagter in Gemüt und Meynung den Krieg zu befestigen, daß er der gestellten Klag nicht gestendig ꝛc. bei der eventuellen Litiscontestation heißt es: und sagt Beklagter exceptive jedoch non animo Contestandi litem sondern allein zu gründlichen Bericht des streitigen Handels ꝛc.

ten betrachtete, die Wahl zwischen Litiscontestation oder Einreden dem Beklagten ließ, und das Daseyn der bejahenden Litiscontestation sogar läugnete.

Die Reichsgesetzgebung begünstigte solche Ansichten nicht, jeder Beklagte sollte auf die Klage in der Regel kurz nervose und deutlich auch unterschiedlich und klar ob und worin das Factum anders als vom Kläger vorgebracht und wie es sich eigentlich verhalte specifice und auf jeden Punkten anzeigen wie, auch was er dabei dilatorie odèr peremtorie fürzuwenden haben möge [18]). Nirgends steht aber etwas, daß durch die einzige Schrift der Beklagte seine Pflicht der Beantwortung vollständig in allen Fällen erfülle, nirgends ist das allgemeine richterliche Aufklärungsamt und seine Stellung zu den Partheien beschränkt worden; was im mündlichen Verfahren der Richter durch Fragen ausübte und bezweckte, soll er jetzt im schriftlichen Prozesse durch Dekrete thun; ihm steht daher die Prüfung zu, ob die eingerichtete Schrift des Beklagten ihrem Zwecke entspreche, und sein richterliches Amt fodert ihn, wenn noch Dunkelheiten da sind, auf, den speziellen Auftrag zu erlassen, weil der allgemeine nicht hinreichte; darum trägt er dem Beklagten entweder eine bessere und vollständigere Litiscontestation auf, oder er kann selbst eine Antwort über einzelne Punkte der Klage verlangen [19]), er berichtigt den Irrthum des Beklagten, der vielleicht meint, daß er wegen irgend einer Einrede nicht auf die Klage vollständig zu antworten nöthig habe, er setzt neue Termine, verfügt auf einzelne Anträge des Beklagten, und alles dies, so wie die darauf erfolgende Erklärungen des Beklagten mit der weiteren

18) Worte des J. R. A. §. 37.

19) Deutlich Art. 41 des J. R. A.

richterlichen Prüfung und Verfügung, gehört zur Aufnahme der Vertheidigung des Beklagten, welche ein eigenes Verfahren veranlaßt, wovon die Exzeptionsschrift nur die Grundlage liefert. Das Gesetz rechnet darauf, daß der Beklagte, der die Klagschrift vor sich hat, der Zeit genug hat zu erwägen, welche Umstände er abläugnen oder gestehen könne, der mit Muße Erkundigungen anstellen kann, und eben deßwegen, weil er nicht übereilt wird, alles, was er zur Vertheidigung nur anführen kann, auf einmal vorzutragen im Stande ist, gewissenhaft antworten werde; das Gesetz verlangt eine punktweise Erklärung, ermächtigt den Richter schärfere Aufträge zu erlassen, und bezweckt dadurch, daß eben so der Richter eine vollständige Uebersicht alles Zugestandenen und Geläugneten erhalte als der Kläger, indem er alle Vertheidigungsgründe auf einmal erfährt, in den Stand kommen soll, sich eben so vollständig darauf zu erklären.

Eine schriftliche Vertheidigung dieser Art hat daher unfehlbar ihre bedeutenden Vorzüge, wenn nur der Richter, dem seine Pflicht dabei so leicht gemacht wird, Strenge übt.

Zu den wichtigeren Punkten gehört noch die Bestimmung der Gesetze über das Recht des Beklagten in gewissen Fällen einer Einlassung auf die Klage zu entgehen und nur vorläufig sich zu vertheidigen. Die Reichsgesetzgebung hat hier mit Strenge verlangt, daß alle Vertheidigungsmittel des Beklagten auf einmal, und wenigstens immer eventuell vorgebracht werden müßten. Allein auch hier zeigte sich die Weisheit des Gesetzes, welches nicht durch starre Formen den Richter binden, und durch eiserne, dem Wesen des Civilprozesses fremde, gewöhnlich von der Praxis bald vereitelte, Strenge den Partheien Rechte

rauben wollte; daher wies das Gesetz durch die gewichtigen Worte: pro arbitrio judicis [20]) den Richter an, die Beschaffenheit jedes einzelnen Falles zu prüfen, und darnach zu entscheiden; daher ist es der unverkennbare Wille des Gesetzes, daß in allen Fällen, wenn der Beklagte durch dilatorische oder ähnliche Einreden von der Einlassung befreit zu seyn glaubt, das Urtheil über die Nachtheile der Versäumung der gesetzlichen Vorschrift alles auf einmal und immer mit Litiscontestation vorzubringen, suspendirt werden soll, wenn nach der Art des Vorbringens ein Zweifel entstehen kann, ob überhaupt eine Antwort auf die Klage nöthig war. Das Gesetz selbst hatte die Fälle vorgezeichnet, in welchen der Beklagte von der Verpflichtung der Litiscontestation entweder völlig befreit seyn, oder nur zum eventuellen Vorbringen verpflichtet seyn sollte. Das Gesetz hatte sich bestimmt genug ausgedrückt; nur die Gerichtsstandablehnenden, nur wenige prozeßhindernde Einreden, und zwar der Rechtskraft, des Vergleichs, des Verzichts auf den Streit, und der Verjährung des Streits [21]) sollten den Beklagten von der Einlassung befreien, dilatorische Einreden sollten ihn nur zur eventuellen verpflichten. Allein die Praxis begnügt sich damit nicht, und ersann ein Heer sogenannter prozeßhindernder Einreden, und neuere Gesetzgebungen haben vielfach durch die Praxis sich leiten lassen. V. Gönner ließ in seinem Entwurfe aus legislativen Gründen [22]) seine frühere, in Bezug auf gemeinen Prozeß aufgestellte, Ansicht

20) Art. 40 des J. R. A.

21) S. meinen Aufsatz im civilistischen Archive 1. Band No. XXXI.

22) Motive zum Entwurfe. S. 329.

fallen, und billigte später [23]) selbst dieß System nur die obengenannten vier prozeßhindernden Einreden zuzulassen; das baierische Gesetz von 1819 [24]) befreit den Beklagten, welcher exceptio cautionis vorbringt, von der Einlassung auf die Klage, die würtenbergischen Gesetze [25]) befreien den Beklagten durch Vorbringen der Einrede des Vergleichs, Rechtskraft und Verzichts, des Spoliums, und durch dilatorische Einreden, wenn sie so beschaffen sind, daß durch deren Entfernung die Gültigkeit und Wirksamkeit des ganzen Verfahrens bedingt ist, und selbst auf das schriftliche Verfahren ist die Vorschrift ausgedehnt [26]). Das bernische Gesetzbuch [27]) läßt statt der Antwort auf die Klage a) Zwischengesuche zu, und giebt b) uneinläßliches Vorbringen zu, wenn die Klage ersessen oder ihr Gegenstand verjährt, oder bereits auf eine für die Partheien verpflichtende Weise rechtskräftig beurtheilt ist und wenn sich aus einer rechtsförmigen Urkunde ergiebt, daß die streitige Sache auf eine für die Partheien verpflichtende Weise beseitigt worden, und nicht etwa aus einer späteren Verhandlung geklagt wird.

Die bremische Gerichtsordnung [28]) befreit den Beklagten von der Einlassung, wenn er zerstörliche Einreden, wodurch des Klägers Anspruch gänzlich aufgehoben wird, vorschützt, und in so ferne ihm deren Beweis obliegt, denselben zugleich durch Urkunden oder Eideszuschiebung antritt, oder wenn er

---

23) Im Commentar zu dem baier. Gesetze. S. 57.

24) Gesetz vom 22. Julius 1819. §. VIII.

25) §. 93. §. 86. 90.

26) Würtenberg. Gesetz v. 22. Sept. 1819. §. 6.

27) Satzung 154–161.

28) §. 148.

die Competenz des Gerichts bestreitet. Auch noch die neuesten legislativen Erscheinungen beweisen, wie wenig man in Deutschland über eine feste Grundlage in Bezug auf den Punkt, welche Einreden von Einlassung befreien sollen, sich vereinigen kann. Die nassauische Prozeßordnung 29) fordert die Vorbringung sämmtlicher Einreden auf einmal, und nur die Einrede, daß die Klage in wesentlichen Punkten dunkel, oder das Gericht nicht kompetent, oder der Prozeß schon gerichtlich entschieden sei, oder daß der Kläger als Ausländer erst Sicherheit wegen der Prozeßkosten stellen müsse, befreien von der eventuellen Einlassung auf die Hauptsache. Die oldenburgische Prozeßordnung 30) fordert gleichfalls das Vorbringen aller Einreden auf einmal mit der Litiscontestation, und gestattet nur dann die Aussetzung der Einlassung, wenn der Beklagte eine notorische oder sofort zu bescheinigende den Gerichtsstand ablehnendes, oder solche zerstörliche Einreden vorbringt, welche die Einlassung unnöthig machen, und sofort aus Gesetzen oder Urkunden dargethan werden können, oder wenn der Beklagte bescheinigte, daß die Sache, weshalb Klage erhoben worden, schon durch vorhergegangenen Eid, oder Urtheil, oder Vergleich beendigt oder verjährt worden. Der neue baierische Entwurf 31) vermehrt bedeutend die Zahl der Einreden, welche von Litiscontestation befreien und rechnet dahin die Einrede der Incompetenz, Unfähigkeit des Richters oder der Partheien, des Mangels der Legitimation zur Sache oder zum Prozesse mehrerer Streitgenossen, man-

---

29) Vom 23. April 1822. §. 10.

30) Von 1824. §. 12.

31) Von 1825. §. 339—42.

gelnde Caution, dagegen schweigt der Entwurf völlig von den prozeßhindernden Einreden.

Es ist kaum zu bezweifeln, daß durch die Vermehrung der Zahl von Einreden, welche von Einlassung befreien dürfen, manche Vortheile der Eventualmaxime unvermerkt verloren gehen werden; auf die bloße Liquidität der peremtorischen Einrede kann aus Gründen, die wir schon an einem anderen Orte angaben [32]), die Befreiung nicht bezogen werden, da immer zuviel Streit über das, was liquid ist, entsteht, da bei einer Gesetzgebung, welche ohnehin einfache Formen im Prozesse kennt, kein Vortheil entsteht, indem der sogenannte umgekehrte Executivprozeß nicht schneller ginge als der ordentliche, und gewöhnlich ein unnöthiges Zwischenverfahren über die Frage: ob wahre prozeßhindernde Einrede da sey, veranlaßt wird. Nicht mit Unrecht hat man daher von den prozeßhindernden Einreden in dem baierischen Entwurfe geschwiegen [33]). Die exceptio cautionis als befreiend zuzulassen, ist deswegen nicht zu rathen, weil in den meisten Fällen doch vorauszusehen ist, daß die Caution gestellt werden kann, also der Grund der Befreiung nicht eintritt, weil der Beklagte gerade diese Einrede als ein gewöhnliches Mittel den Kläger zu chicaniren braucht, und daher in den meisten Prozessen Zögerung ohne Grund entsteht. Gewiß möchte daher das System der Reichsgesetze auch hierin den Vorzug verdienen. Es ist aber hier der Ort wieder darauf aufmerksam zu machen, wie nachtheilig es ist, wenn man eine einzige nach bestimmten nothwendig in gewisser Reihe aufeinander folgenden Schriften oder Handlungen

---

32) Archiv für Civilpraxis. I. Bd. S. 435.

33) Puchta über die bürgerl. Rechtspflege. S. 81. S. aber auch meine Bemerkungen im Archiv. IX. Band. S. 122.

geordnete Prozedur für alle Fälle vorschreibt; und in so ferne kann auch eine zu weit getriebene und streng durchgeführte Eventualmaxime ihre Bedenklichkeiten haben [34]), weil sie den Richter und die Partheien nöthigt, auch da, wo nach den besonderen Verhältnissen eine kürzere, einfachere, nur auf einige Vorpunkte zu beschränkende Verhandlung z. B. über gewisse Einreden zum Ziele führte, doch den weitläuftigeren und kostspieligeren Weg einzuschlagen, daher es wünschenswerth ist, daß die Gesetzgebung zwar eine gewisse Regel vorzeichne, dem Richter aber auf eine zweckmäßige Art die Freiheit gewähre, die Prozedur zu modifiziren, und manche Punkte vor den übrigen hervorzuheben.

Ein ganz anderes System stellt der französische Prozeß auf; die Einlassung auf die Hauptsache (défense au fond) erscheint darnach nur dann als nothwendig, wenn der Beklagte keine anderen Schutzmittel, um der Klage zu entgehen, hat [35]). Die Eventualmaxime findet keine Anwendung in dem reichsgesetzlichen deutschen Sinne [36]); als deklinatorische Einreden erscheinen alle Einreden der Inkompedenz, Litispendenz und Connexität; sie werden vor allen anderen Einreden vorgetragen [37]) und wer in den Streit sich einläßt oder andere Einreden zuvor vorträgt, verzichtet auf die deklinatorischen [38]). Als dilatorische Einreden erscheinen die Forderung der Gewährleistung, die Einrede, welche aus der laufenden Deliberations- und Inventarsfrist sich ergiebt,

34) S. auch Zum Bach vollst. Gegeneinanderstellung. S. 171.

35) Carré, traité et quaestions. t. I. p. 267.

36) Erster Beitrag dieser Betrachtungen. §. 13.

37) Art. 169 Code de proc.

38) Journal des avoués. t. VII. p. 226.

die Einrede der Caution, und die der Forderung der Mittheilung der Beweisstücke [39]. Als peremtorische Einreden erscheinen a) die exceptions peremtoires d'instance, durch welche der Beklagte die Verwerfung der Klage fordert, weil die Klage nicht in gehöriger Ordnung gestellt war; dahin gehört Einrede wegen mangelnden Versuchs der Sühne vor dem Friedensgerichte, und Einrede der Nullität der Ladung [40]; b) exceptions peremtoires de fond, welche zum Zwecke haben, das Klagerecht, als rechtlich aufgehoben und erloschen darzustellen z. B. Einrede der Zahlung [41]. In Ansehung der Ordnung des Vorbringens nennt die französische Jurisprudenz [42] zuerst die Einrede der Caution, dann deklinatorische Einreden, dann die Einreden der Richtigkeit des Exploits oder eines prozessualischen Acts [43].

Ueber jede dieser Einreden wird abgesondert verhandelt [44]; nur in Ansehung aller übrigen dilatorischen Einreden gilt die Eventualmaxime in so ferne, als alle diese Einreden auf einmal, aber vor jeder Einlassung in den Streit, vorgebracht werden müs-

---

39) Art. 166. 174. 187. 188.

40) Die ältere Praxis nennt auch peremtoires proprement dites jene, welche die Verfolgung des Klagerechts hindern, ohne den Grund der Klage zu untersuchen, z. B. exc. praescriptionis. Jousse Commentaire zur ordonnan. vol. I. p. 56.

41) Carré, traité et questions. t. I. p. 269.

42) Pigeau, procédure civil. t. I. p. 129; — Carré, l. c. p. 270.

43) Art. 173. Perrin, traité des nullités. p. 105. 118; — Carré, l. c. p. 285.

44) Art. 186. Code de proc. ebenso schon in Ordonnance v. 1667 Tit. IX. art. 1.

sen[45]. In Bezug auf peremtorische Einreden gilt der aus der älteren französischen Jurisprudenz[46]) hervorgegangene und durch den Cassationshof bestätigte[47]) Satz, daß solche Einreden in jeder Lage des Prozesses vorgebracht werden können. Ueber die Form und das Verhältniß der Litiscontestation (défense au fond) bestimmen die Gesetze nichts Näheres, und es hängt meist von dem guten Willen des Anwalds des Beklagten und der Energie des Präsidenten ab, welcher auf bestimmtere Antworten dringen kann, in wie ferne die Vertheidigung, um deren Vorbringen sich das Gesetz so wenig gekümmert hat, vollständig und klar seyn wird.

Was noch den Termin betrifft, der für die Vertheidigung zu setzen ist, so kennt das System des gemeinen Prozesses nur einen Termin, in welchem alle Vertheidigungsmittel auf einmal vorzubringen sind, ungeachtet es von dem Richter abhängt, nachzuhelfen, und im Falle unvollständiger Antworten neue Termine zu geben. Nach dem preußischen Prozesse hängt es blos von dem Instruenten ab, wie er den Termin ansetzen, den angesetzten theilen und verlängern will, weil das Bedürfniß des einzelnen Falles entscheidet. Im französischen Prozesse kommen ohnehin abgesonderte Termine für das verschiedene Vorbringen vor; von den neueren Gesetzgebungen hat insbesondere die würtenbergische[48]) eine Theilung des Vertheidigungstermins angenom-

---

45) Ordonnance v. 1667 tit. V. art. V. Rodier questions tit. V. qu. 5. art. 2.

46) Berriat St. Prix. p. 206.

47) Duparc Poullain tom. IX. p. 85. Merlin repertoire tom. IV. p. 803, vorzüglich Carré traité tom. II. pag. 64 etc.

48) §. 91. 92. Motive. S. 27.

men, und den ersten Termin zur Erklärung des Beklagten auf die Klage angenommen, und einen späteren zum Vorbringen der peremtorischen Einreden gestattet. Der Grund der Trennung soll darin liegen, daß der Beklagte bei der Erklärung auf die Klage nichts zu thun braucht, als daß er von der Klage anerkenne, was er nach seiner Kenntniß mit voller Ueberzeugung anerkennen kann, daß dagegen der kurze Termin nicht zur Vorbringung der Einreden zureiche, weil hier der Beklagte selbst als Kläger erscheine, er sich aber auf diesen Angriff nicht vorbereiten konnte; der Zweck des jüngsten Reichsabschieds würde bei einem mündlichen Verfahren durch Zulässigkeit der Trennung der Vertheidigungsmittel viel sicherer erreicht. — Kaum möchten aber diese Gründe diese Trennung rechtfertigen, welche consequent zu einer noch schärferen Zersplitterung der Vertheidigungsmittel führt, und wohl in einem Verfahren, das nach Gerichtssitzungen mündlich verhandelt, am Platze seyn mag, aber genauer betrachtet, doch nur halbe Maaßregel ist. Will man consequent seyn, so muß man zuerst über jedes Vorbringen, das in einen bestimmten Termin gehört, vom Gerichte entscheiden lassen, ehe man das spätere Vorbringen verlangt; soll aber doch auf einmal entschieden werden, so lasse man auch alles auf einmal vortragen; der Grund, daß der Beklagte durch Exceptionen in den Angreifer sich verwandelt, ist nicht bedeutend, da die Einreden mit dem Geschäfte, worauf die Klage geht, im Zusammenhange stehen, und der Beklagte die Einreden kennt, wenn er sich auf die Klage, und über das Rechtsverhältniß erklärt; man verwechselt aber hier das bloße Vorbringen mit dem Beweisen; das letztere mag allerdings für den Beklagten schwierig seyn; dies soll aber auch von

ihm nicht verlangt werden; zu dem einfachen Vorbringen bedarf es keiner längeren Vorbereitung als zur Beantwortung der Klage selbst; im Gegentheile ist die Vorbereitung auf die letztere oft schwieriger als auf Einreden, und die Ueberraschung des Beklagten geht gerade auf sie. Vorzüglich verliert eine Gesetzgebung, welche diesem neuen Systeme huldigte, in Ansehung des Ungehorsams einen Vortheil, den die Reichsgesetzgebung weise beachtet hat. (§. V.)

Wohl möchte dagegen es wichtiger seyn den Termin für die Beantwortung der Klage überhaupt mit einem Unterschiede festzusetzen, der dem älteren deutschen Rechte schon bekannt war; bei allen Klagen, die auf unbewegliche Güter und ewige Rechte sich beziehen, muß der Beklagte längere Termine erhalten, und bei Prolongationsgesuchen mehr begünstigt werden, als bei Klagen um Schuld und bewegliche Güter [49].

---

§. V.

Ungehorsam der Partheien, insbesondere des Beklagten.

In keiner Lehre zeigt sich so sehr die Weisheit einer Gesetzgebung, als in den Bestimmungen über die Folgen des Ungehorsams der Partheien. Sie hat die Wahl, ob sie mit strengen Strafen, die weder der Natur des Menschen noch der Beschaffenheit der im Civilprozesse streitigen Rechte anpassen, ihre Ge-

---

49) S. Schwabenspiegel c. 144. Sachsenspiegel II. Art. 2. Kopp hessische Gerichtsverfassung I. Thl. S. 421.

bote vollziehen lassen will, und darauf rechnen darf, daß bald die milde Praxis, welche immer alle Härten der Gesetze ausgleicht, Mittel suche, den strengen Strafen zu entgehen, oder ob sie mit mäßigen, den Civilrechten und den Forderungen der Partheien anpassenden Strafen die Gesetze handhaben lassen will. Am meisten muß sich hier eine Gesetzgebung hüten, Bestimmungen, die unter bestimmten Voraussetzungen eingreifend in einer Gesetzgebung wirken, in ein anderes gesetzliches System einzupassen, in welchem ihre Schärfe vielleicht verloren geht. Die Frage über Folgen des Ungehorsams hängt sowohl mit der Ansicht der Gerichtsbarkeit und der Thätigkeit des Staates bei Civilprozessen, als mit der Form des prozessualischen Verfahrens zusammen. Gefällt man sich darin, jeden Civilprozeß als eine Staatsangelegenheit zu betrachten, nimmt man eine Pflicht der Bürger an, alle ihre Streitigkeiten vor den angestellten Richter zu bringen, welcher als Stellvertreter des Regenten allein ein Recht zu entscheiden habe, sieht man in dem Richter nur den Staatsbeamten, und in jedem seiner Befehle, den er im Civilprozesse erläßt, ein im Namen des Regenten gegebenes Gebot, so liegt die Vorstellung nahe, den Ungehorsam jeder Civilparthei als die Verletzung eines Staatsgesetzes, als Widersetzlichkeit und als eine strafwürdige Verachtung des obrigkeitlichen Ansehens zu betrachten; wenn man dagegen, der Natur der Civilrechte treu, den Richter nur als einen Schiedsrichter ansieht, der auf Anrufen der Parthei ihre streitigen Rechte entscheidet, den hohheitlichen Zwang nur in so ferne ausübt, als er zur Vollziehung rechtskräftiger Erkenntnisse nothwendig ist, hebt man nur das Verhältniß der zwei streitenden Partheien hervor, welche durch Klage und Einlassung

ihren Streit dem Ausspruche dieses Richters zu unterwerfen versprechen, und nur sich wechselseitig binden und sich Rechte aus ihrem Unterwerfungsacte zugestehen, so kann der sogenannte Ungehorsam einer Parthie nur als Verletzung der dem anderen Theile geleisteten Verpflichtung, und der jenseitigen erworbenen Privatrechte, also auch nur in Bezug auf den Gegner betrachtet werden, und der Gesichtspunkt öffentlich strafwürdiger Handlung verschwindet gänzlich. Daß aber sowohl römisches als deutsches Recht nur diese letzte Ansicht vom Prozesse und vom Ungehorsam gefaßt haben, geht eben sowohl aus der durch Geschichte nachgewiesenen Ansicht vom Richteramt, als aus den gedrohten Contumacialstrafen, als daraus hervor, daß immer nur auf Anklage gegen den Ungehorsam eingeschritten wurde. — Die Art der Folgen des Ungehorsams wird noch insbesondere durch die Form des Verfahrens bestimmt. Da wo in engerer Gemeinde die Erscheinung am gebotenen Gerichte Bürger- oder Gemeindepflicht ist (Dingpflichtigkeit), ist jedes Nichterscheinen der Parthei allerdings eine Verletzung der Gemeindepflicht und die Aussprüche einiger altdeutschen Gesetzgebungen über Nichterscheinen beziehen sich gerade darauf[1]. Da, wo in den Gerichtssitzungen mündlich verfahren wird, wo der Richter ein Fragerecht hat, wo jede Parthei an die andere Fragen stellen kann, ergiebt sich die Strafe des Eingeständnisses bei dem Ungehorsamen leicht, weil er speziell gefragt war, und mit keinem Vergessen oder Uebersehen sich entschudigen kann; bei einer solchen Gesetzgebung ist von der

---

1) Bodmann, in Siebenkees Beiträgen zum deutschen Rechte. II. Theil. Nro. I. — Feuerbach, Betrachtungen über Oeffentlichkeit. S. 67.

contumacia in non respondendo ein kleiner Schritt zu der in non comparendo, und die Ausdehnung der Folgen der ersten Art auf die zweite macht sich im Laufe der Zeit von selbst. Auch da, wo das Gesetz auf persönliches Erscheinen der Partheien rechnet, wo für jede Sache ein bestimmter Gerichtstag angesetzt wird, wo nach der eingeführten Untersuchungsform der Richter sich nicht mit jeder Antwort begnügte, sondern nur nach persönlicher Vernehmung der Parthei erst ihre Erklärung protokollirt wird, hat die Gesetzgebung Gründe, strenger gegen den Ungehorsamen zu seyn, theils weil er wirklich den Richter, der seine Geschäfte darnach eingerichtet, den Termin angesetzt hat, und nun wartet, zum Besten hält, theils weil der Ausbleibende dem erscheinenden Gegner Zeit raubt, und Kosten und Schaden zufügt, theils weil nach der vorgeschriebenen persönlichen Erscheinung der Partheien auf eine bestimmte spezielle Erklärung gerechnet werden durfte, und diese nun wegen des Aussenbleibens vereitelt ist. Bei einer Gesetzgebung daher, die nach Gerichtstagen verfährt, wozu beide Parthien vorgeladen sind, ist die natürlichste Folge des Ungehorsams einer Parthei die, daß der Erscheinende, der dadurch, daß für die Verhandlung seiner Sache der bestimmte Tag einmal angesetzt war, das Recht erworben hat, daß sie auch jetzt verhandelt werde, die Befugniß erhält, einseitig seine Sache vorzutragen, wo dann das Gericht nach der Beschaffenheit der vorgebrachten Gründe in der Hauptsache entscheidet. Ein ganz anderes Verhältniß bietet dagegen der schriftliche Prozeß dar. Hier ist kein bestimmter Gerichtstag angesetzt, der Richter, welcher die Schrift der einen Parthei der anderen mittheilt, und ihr den Auftrag, ihre Gegenschrift einzubringen, gegeben hat, wartet

nicht auf einen bestimmten Tag, er versäumt dadurch, daß eine Schrift nicht in termino eingebracht wird, nichts, denn seine Thätigkeit fängt erst wieder an, wenn eine Schrift einer Parthie einkömmt und ein Antrag gestellt wird, auf welchen er zu verfügen hat; auch die Gegner des Ungehorsamen (sein Ungehorsam besteht nur im Nichteinreichen der Schrift) verliert nicht Kosten oder Zeit, da er nicht zu Gericht zu gehen nöthig hatte; der Nachtheil, welchen er leidet, besteht nur darin, daß die Entscheidung der Sache sich durch das Schweigen seines Gegners verzögert; das Schweigen des Ungehorsamen muß aber auch aus der Art des richterlichen Auftrags und der Natur der schriftlichen Verhandlung ausgelegt werden. Der Auftrag enthielt keine detailirte Angabe aller Punkte, worauf eine Erklärung zu geben war, so daß das Schweigen darauf als Zugeständniß, und als Nichtantworten auf bestimmte Fragen zu betrachten wäre; das Schweigen leidet vielmehr hier, wo vielleicht die Schrift, welche zu beantworten war, selbst verworren und undeutlich war, wo der Antwortende nicht recht wußte, worauf er nur antworten sollte, wo ein Hinwegschlüpfen über einzelne Punkte wegen der Masse des Stoffs sehr zu entschuldigen war, verschiedene Auslegungen, unter welchen die, daß der Schweigende Alles habe zugestehen wollen, nach der Natur des Falles am wenigsten sich rechtfertigen läßt [2]. Im gemeinen Prozesse liefert nur

---

2) Trefflich unterscheidet die bairische Gerichtsordnung von 1520 Tit. III. Art. I. in der Einleitung drei Arten: 1) wann ainer von seinem ordentlichen Richter durch den fronboten auf ainen Bestymbten Tag geladen ist und sagt, er wöll nit khommen oder Richter hab ihm nichts zu gebieten, das ist ein warlicher Und offenbarer Ungehorsamer. 2) Wann

die Bestimmung der Reichsgesetzgebung die Grundlage des Systems des Ungehorsams, obwohl es nicht schwierig wird, den Einfluß der Vorschriften des römischen und canonischen Rechts auf die Reichsgesetzgebung nachzuweisen; nur muß bei der Anwendung des römischen Rechts wohl berücksichtigt werden, daß ein vom reichsgesetzlichen verschiedener Begriff der Litiscontestation dem römischen Prozesse zum Grunde liegt, und daß im römischen Prozesse Interrogationis in jure vorkommen; von einer Frage: ob lis affirmative oder negative contestata angesehen wird, konnte im römischen Rechte keine Rede seyn, und das heutige System des französischen Prozesses ist wohl am nächsten mit dem des römischen Prozesses verwandt, nach welchem der Erscheinende, wenn der auf den bestimmten Gerichtstag Vorgeladene ausblieb, zum einseitigen Verfahren gelassen wurde, und es nun auf die Beschaffenheit seiner Gründe ankömmt [3].

Bei dem Ungehorsam des Beklagten, der, indem er sich nirgends treffen ließ, dem Kläger die jus vocatio vereitelte, führte die missio in bona zum Ziele [4], welcher jedoch vorerst eine dreimalige Vorladung

---

ainer unter Augen wird geladen und giebt kham Antwurt, schweigt still und kombt auf den bestimmten Tag nit, der wirdet fur warlichen Ungehorsamen vermuet und geacht.
3) Wann aber ainen unter Augen nit wirdet verkhündet sonnder allain zu Haus und Hof, wo der nit auf den bestimbten Tag erscheint, so wird er fur Ungehorsam vermuet.

3) l. 53. D. de re iudic. l. 73. D. de judiciis.

4) l. 7. §. 1. D. quib. caus. in poss. l. 8. Cod. quomodo et quando index. sentent. l. 10. Cod. de bonis auctor. judic. S. noch Heffter Institutionen S. 302.

vorausgehen mußte [5]), wogegen dann, wenn der, welcher bereits auf ergangene in jus vocatio bei Gericht erschienen war, und litem contestirt hatte, der Fall dazu reif war (hier konnte der Beklagte nicht damit entschuldigt werden, daß er von dem anhängigen Streite nichts wußte, auch hatte er schon durch Litiscontestation sich speziell genug zur Erscheinung verpflichtet) die Sache selbst bei dem Tribunal verhandeln zu lassen, daher der Kläger darauf antragen konnte, mit seinem einseitigen Vorbringen gehört zu werden, wo es nun darauf ankam, ob der magistratus sich von der Gerechtigkeit der Ansprüche des Klägers überzeugte [6]), und wobei schon die Idee hervortritt, dem durch ein Contumazialurtheil Verurtheilen, wenn er nur irgend eine justa causa des Aussenbleibens anführen kann, durch Restitution zu helfen [7]).

Dem canonischen Prozesse liegt die römische (freilich auch germanische) Ansicht zum Grunde, daß nur der dreimal Vorgeladene als Contumat erkannt werden könne [8]). Der Kläger kann gegen den Ungehorsamen ebenfalls missio in bona erwirken, nur kömmt dazu noch die Wirkung, daß der bei Realklagen ex primo decreto in die Güter des Beklagten Eingesetzte, bei fortgesetztem Ungehorsam, wenn derselbe ein Jahr andauert, ex secundo decreto [9])

5) l. 73. D. de iudic.

6) l. 27. §. 2. D. de liberati caus. l. 1—11. Cod. quomodo et quando judex sent. l. 1. Cod. quor. appell. non rec. l. 13. §. 3. Cod. de judic. S. noch Jan a Costa ad decretales. p. 202.

7) l 7. §. 12. D. de minor.

8) c. 5—7. X. ut lite non cont.

9) c. 9. X. de dolo et contum. c. 5. X. ut lit. non cont. Uebrigens stammen diese Ansichten schon von den Glossatoren her. S. darüber Maranta de ordine judicior p. 395.

den wirklichen Besitz verlangen kann [10]. Durch die Positionen entstand übrigens eine Erleichterung der Prozeßführung, und wer auf die positio nicht antwortete, war in gewisser Hinsicht auch contumax und wurde (wie bei interrogationibus in jure der Römer) als geständig zur Strafe angesehen [11].

Das germanische Contumacialverfahren [12] geht überall davon aus, daß nur gegen den beharrlich Ausbleibenden, daher dreimal Vorgeladenen [13] (nach manchen Gesetzen noch öfter) ein Contumacialurtheil ergehe, daß aber auch dann nicht in der Hauptsache erkannt, sondern nur der Ungehorsam zum Vortheil der erschienenen Parthei constatirt und die missio in das Vermögen ausgesprochen [14] wurde, indem derjenige, welcher durch beharrliches Ausbleiben dem Gegner die Rechtsverfolgung vereitelt, seiner Gemeindepflicht und der Bürgschaft, worauf der Staatsverein damals bestand, trotzt, und die Genossen berechtigt, an das zurückgelassene Vermögen sich zu halten. Erst als im Mittelalter die alte Idee der Freiheit weniger mehr geachtet wurde, und überall schon größere Strenge eintrat, galt zwar noch die

---

10) Schon zwischen Martinus und Bulgarus war Streit über die contumacia. Janus a Costa ad decret. p. 413.

11) cap. fin. de confess. in 6to.

12) Kopp hessische Gerichtsverf. I. S. 439. 480. Maurer Gesch. des altgerm. Gerichtsverf. S. 48. S. 90. 208. Freiberg über das altdeutsche Gerichtsverf. S. 45. Steiner über das altdeutsche Gerichtsverfahren S. 119.

13) leg. Sal. tit. 42. c. 10. s. noch Maurer S. 53.

14) Erläuternde Urk. in Bouquet vol. IV. p. 668. vol. V. p. 776. In wie ferne die Capitul. IV. 803. c. 33. u. capit. 819. c. 11. auch auf die Civilsachen gingen, ist streitig.

Nothwendigkeit der drei Ladungen [15]) aber das beharrliche Ausbleiben erschien jetzt schon unter gewissen Bedingungen nach dem Gebrauche einiger Gerichte als ein Geständniß des Beklagten [16]) und bewirkte ein Urtheil, welches Execution zum Vortheile des Klägers verfügte, insbesondere den Kläger in die Güter des Beklagten einwies [17]), wogegen jedoch der Ungehorsame durch eine Art von Opposition [18]) die Folgen abwenden konnte, insbesondere so oft er auf ehehafte Noth sich berufen konnte. Mit Unrecht würde man aus manchen in den Statuten vorkommenden Ausdrücken, z. B. daß dem Ungehorsamen der Cirkel des Gerichts verboten oder Wasser und Weide untersagt werden soll [19]), ableiten, daß gegen den Ungehorsamen eine Acht erkannt worden sei [20]), denn alle diese oft vorkommenden Ausdrücke deuten nur darauf, daß der, welcher seiner Ding- und Gemeindepflicht nicht nachkömmt, durch die That von dem Genusse der Gemeinderechte sich ausschließt. Auch bemerkt man einen im deutschen Rechte oft vorkommenden Unterschied [21]), den, daß gegen den mit Realklage Belangten (der Besitz eines liegenden Guts in der Gemeinde war die Grundlage für die Ausübung bürgerlicher Rechte) schonender verhandelt wurde, als gegen den mit einer Personalklage Belangten.

---

15) Sachsenspiegel I. 67 Richtsteig c. 50. Maurer S. 212

16) Sachsenspiegel III. 39.

17) Maurer S. 216.

18) Sachsensp. I. 70 II. 7.

19) Stellen dieser Art auch in Maurer S. 216.

20) Daß Acht in Civil nicht vorkam s. auch Wigand Fehmgericht S. 438. s. jedoch dagegen Kopp Nachr. v. d. hessischen Gerichten I. S. 482.

21) Bodmann Rheingauische Alterthümer S. 636.

In dem am Ende des fünfzehnten und Anfang des sechszehnten Jahrhunderts ausgebildeten Prozesse bemerkt man schon überall die Mischung älterer Ansichten mit den aus dem römischen und canonischen Prozesse bekannt gewordenen Formen. Man unterschied den wahren Ungehorsam desjenigen, der förmlich vorgeladen war und erklärte, daß er nicht gehorchen wolle von der contumacia praesumta desjenigen, der nicht persönlich vorgeladen war und nicht erschien [22]. Nur in den sächsischen Gerichten erhielt sich das Präjudiz, daß der Ausbleibende als der Klage geständig betrachtet wurde, regelmäßig aber trat die Einweisung in den Besitz ex primo decreto und bei fortgesetztem Ungehorsam nach Jahr und Tag ex secundo decreto ein [23], obwohl im Detail in Bezug auf die Strafen der contumacia große Verschiedenheit in den Landesrechten war [24]. Grundsatz war es, daß nur den, der auf drei Vorladungen ausbleibt, die Strafe des Ungehorsams trifft [25], obwohl zuweilen auch schon die drei Ladungen in eine einzige peremtorische zusammengezogen wurden [26].

Die Reichsgesetze hatten nun die Aufgabe, die Bestimmungen über Ungehorsam der Natur des schriftlichen Verfahrens, und dem nun klarer aus-

---

22) Termineus processus juris scripti et cons. p. 41. s. auch baierische Gerichtsord. von 1520 s. oben not. 2.

23) Termineus l. c. p. 44. am besten und vollständigsten wird die damalige Ansicht ersichtlich aus Hennebergischer Landesordn. von 1539 Buch II. Tit. 2. cap. 7—20.

24) Am besten gesammelt in Giesebert pericul. Statutor. p. 193—204.

25) Stellen aus Statuten in Giesebert p. 184.

26) Tengler Laienspiegel fol. LXXI.

gebildeten Begriffe der Litiscontestation anzupassen, und gewiß haben sie die Aufgabe sehr glücklich gelös't. Sie fühlten, daß es im schriftlichen Verfahren zunächst darauf ankäme, die Form jener Schriften, welche die Grundlage des Streits bilden sollten, recht genau zu bestimmen, insbesondere die sogenannte Exceptionsschrift an feste Regeln zu binden. Sie fanden bald, daß in dieser Schrift zwei Theile liegen, von welchen nur einer, der der Klage-Beantwortung wesentlich wäre, was bisher im mündlichen Prozesse durch persönliches Erscheinen der Partheien, durch mündlich zustellende Fragen zu bewirken war, mußte jetzt durch ein bestimmtes Gebot spezieller Litiscontestation bewirkt werden. Die Vertheidigung des Beklagten sollte a) zunächst eine punktweise Erklärung auf die Klage enthalten; b) sie sollte wenigstens eventuell vorhanden seyn, wenn auch der Beklagte dilatorische Schutzmittel vorbrächte; c) mit ihr sollten auf einmal alle peremtorische Einreden verbunden werden. Das Zuwiderhandeln gegen das gesetzliche Gebot (Contumacia) konnte nun entweder 1) in einem gänzlichen Schweigen und nicht Einbringen der Schrift im Termine oder 2) in einer gesetzwidrigen Einrichtung der eingereichten Schrift bestehen, und zwar a) entweder wieder im Unterlassen der Litiscontestation, oder b) im Nichtvorbringen der Einreden. Als wesentlich betrachtete aber das Gesetz nur die Litiscontestation, weil ohne sie weder der Richter eine Grundlage, noch der Kläger einen Anhaltspunkt für seine weiteren Erklärungen und Beweise hatte. Das Vorbringen von Einreden dagegen war nur willkührlich, und durch das Nichtvorbringen schadete der Beklagte Niemanden als sich selbst, die Folge war die natürliche, die, daß der Beklagte, der den gesetzlichen Aus-

spruch kannte, der das Vorbringen aller Einreden auf einmal mit der Litiscontestation gebot, als verzichtend darauf angesehen, also mit den Einreden prokludirt wurde. Waren vorläufige Schutzmittel vorgebracht ohne Litiscontestation, so war dies zwar Unrecht, allein es war ein Irrthum des Beklagten, der dadurch nicht ungehorsam seyn, und die Litiscontestation nachbringen wollte, wenn die dilatorische Einrede als nicht genügend anerkannt wurde; das Urtheil wurde daher suspendirt, und erst dann, wenn die Einrede als ungenügend richterlich verworfen, und der Beklagte zur Litiscontestation aufgefodert wurde, trat Ungehorsam ein, wenn der Beklagte noch nicht litem contestirte. Hatte der Beklagte zwar geantwortet, aber zu allgemeine Litiscontestation vorgebracht, so hatte der Richter Recht und Pflicht, auf bestimmtere Antwort zu dringen, selbst spezielle Fragen zu stellen, und wenn darauf keine Antwort erfolgte, so war es völlig gerecht, in dem Sinne der bisherigen Gesetze, die Strafe des Eingeständnisses anzunehmen [27].

Wenn der Beklagte aber gar keine Schrift eingereicht hatte, so mußte das Schweigen auf die Litiscontestation und auf die Einreden wirken, der letzteren hatte der Beklagte sich selbst beraubt, in Ansehung der ersteren bedurfte das Gesetz zur Fortführung des Streits einer Grundlage, es mußte, weil es nicht ausdrücklich geschah, fingirt werden, daß lis contestirt worden sey, entweder bejahend oder verneinend; das Erste anzunehmen, wäre zu hart gewesen, das Letzte war das schonendste für den

---

27) S. Can. fin. de confess. in 6to. Cammergerichtso. von 1555. Thl. III. Tit. XV. §. 7. J. R. Absch. §. 41. 49. Archiv für Civilpraxis I. Bd. S. 48.

Beklagten und doch sichernd genug für das Gericht, weil nun eine Grundlage vorhanden war [28]. Nur derjenige, welcher die wesentliche Handlung der Litiscontestation unterließ, war im reichsgesetzlichen Sinne wahrhaft ungehorsam, für die übrigen Fälle des Zuwiderhandelns gegen richterliche Aufträge, oder des Versäumnisses bot die Art des ertheilten Auftrags und das unzweideutige Benehmen des Säumigen eine einfache Auslegungsregel dar; das ganze Interesse der Betrachtung der Folgen des Ungehorsams geht auch legislativ nur auf den Ungehorsam des Beklagten bei Beantwortung der Klage.

Die Praxis faßte nicht immer den Sinn der Reichsgesetze auf, sie hielt sich nur an die nakte Strafe der fingirten negativen Litiscontestation, ließ ebenso ungerecht als inconsequent den Beklagten noch zum Vorbringen seiner Einreden zu, wendete die Strafe der fingirten bejahenden Einlassung, was gesetzlich hätte geschehen dürfen, gar nicht an, und kam selbst zu dem allgemeinen Satze, daß der Kläger nun seine Klage zu beweisen habe, ohne zu erwägen, daß dadurch häufig und zwar in allen Fällen, wo den Beklagten die Beweislast trifft, der Ungehorsame selbst belohnt würde [29].

Man erkannte daher bald die Unzweckmäßigkeit solcher, nicht im Sinne der Gesetze angeordneten, von der Praxis angenommenen, Contumazialstrafen; es gehörte zur Mode gegen das gemein rechtliche System zu Felde zu ziehen, und natürlich war es, daß man zum Extrem und zu der Bestimmung überging, daß der Ungehorsame als gestehend angenommen werden sollte, was in einigen älteren Partikular-

---

28) Goldschmid, über Litiscontestation und Einreden. S. 67.

29) S. gut v. Gönner, Commentar zum baier. Gesetze. S. 107.

rechten schon angenommen war, und was zuerst von neueren Gesetzgebungen, der österreichischen [30]) und später der preußischen [31]) und badischen [32]) Gesetzgebung, ausgesprochen wurde. Insbesondere hatte die letztere Gesetzgebung ein scharfsinniges Gebäude aufgeführt. In Consequenz mit dem Streben, jede Zögerung zu vermeiden, willkührliche Chicanen der Advokaten zu verbannen, war der allgemeine Grundsatz ausgesprochen, daß die Partheien schuldig seyen, die zur Entscheidung ihres Streits gehörigen Thatsachen dem Richter, der Wahrheit gemäß, vorzutragen, daß jede Entstellung oder Verschweigung der Wahrheit gestraft würde, und der Ungehorsam die Folge hätte, daß die Thatsache ohne weitere Untersuchung für wahr oder nicht wahr angenommen werden sollte, wie es dem Ungehorsamen am nachtheiligsten ist [33]). Das Gesetz konnte eine solche Strenge ausüben, weil hier im mündlichen Verfahren, wo nach bestimmten, für eine Sache angesetzten Gerichtstagen verfahren wurde, der Aussenbleibende ebenso sehr den erscheinenden Gegner beschädigte, als er des richterlichen Ansehens spottete, weil auch wegen des persönlichen Erscheinens jeder Theil von dem Richter mit den Nachtheilen seines Ungehorsams unterrichtet und daher gewarnt war, und sich nicht mit Vergessen entschuldigen konnte, indem er nur spezielle Fragen zu beantworten hatte. In der Anwendung auf den Ungehorsam des Beklagten hatte daher das Gesetz vorgeschrieben [34]), daß, wenn der Beklagte im Termine nicht erscheine, über

30) Oesterreich. Gerichtso. Kap. II. §. 23. 29. Kap. III. §. 36.
31) Preuß. Gerichtsordnung Tit. VIII. §. 9.
32) Badische Obergerichtso. §. 31.
33) Preuß. Gerichtso. Einleitung §. 13. 14.
34) Gerichtso. Tit. VIII. §. 9.

sein Aussenbleiben ein Protokoll aufgenommen, und dem versammelten Gerichte vorgelegt werde; auf dies Protokoll wird dann ein Erkenntniß abgefaßt, der Beklagte wird in contumaciam der in der Klage enthaltenen Thatsachen für geständig und überwiesen erklärt und daher verurtheilt; das Erkenntniß wird publizirt, dem Beklagten vom Gerichte selbst Abschrift zugefertigt, worauf der Beklagte innerhalb zehn Tagen Rechtsmittel ergreifen und Restitution nachsuchen kann [35]).

Ein sehr interessantes System über Ungehorsam (défaut) stellt das französische Recht auf [36]) im Zusammenhange mit dem öffentlichen mündlichen Verfahren, das in Audienzen verhandelt. Nach dem älteren Rechte verlor der zweimal gehörig vorgeladene Beklagte im Falle des Ungehorsames den Prozeß, ohne Rücksicht auf die Gerechtigkeit der Ansprüche des Klägers [37]). Die ordonnance von 1667 [38]) änderte dies ab, und stellte die Regel auf, daß der erscheinende Kläger auf Defauturtheil gegen den Ungehorsamen antragen und zum einseitigen Verfahren gelassen werden darf, und zwar sagt die ordonnance: les conclusions seront adjugées au demandeur avec dépens, si la demande se trouve juste et bien verifiée [39]). Der geltende Code behielt im

35) Gerichtso. Tit. XIV. §. 69.

36) S. darüber Practicien françois tom. I. p. 432. — Berriat St. Prix, Cours t. I. p. 234. — Pigeau, procédure civile t. I. p. 472. — Carré, traitè et questions. t. I. p. 234.

37) Grand coutumier lib. III. chap. 10. p. 357. daher entstand der Satz: il plaide bel, qui plaide sans partie. Loisel institutions coutumières II. p. 389.

38) tit. V. art. 3.

39) Jousse Commentaire sur l'ordonnance 1. vol. p. 60, und sehr gut Bornier Conférence des ordonnances vol. I. p. 38.

wesentlichen das System der ordonnance bei, und machte es nur einfacher [40]). Ein Ungehorsam im Schrifteneinreichen kömmt darin nicht vor; wenn auch der Beklagte dem Kläger auf das Exploit gar nicht antwortet, so schadet dies nichts, da er es auf die Audienz ankommen lassen und darin erst seine Vertheidigungsgründe vortragen kann. Nur der Ungehorsam des Beklagten wird vorzugsweise défaut genannt [41]) Der Beklagte leidet keine Strafe blos wegen des Ungehorsams, man nimmt an, daß er die Klage geläugnet habe, und es kömmt nur darauf an, wie der Kläger sein Gesuch begründen kann. Das Gesetz scheidet wesentlich zwei Arten des Ungehorsams 1) défaut faute de constitution d'avoué, ou faute de comparoir, wenn der Beklagte auf die geschehene Vorladung gar keinen Anwald gestellt hat, 2) défaut faute de conclure, wenn der Beklagte, welcher einen Anwald bestellt hat, nicht in der Audienz erscheint, und nicht sich vertheidigt. In Ansehung der Folgen macht das Gesetz bedeutenden Unterschied zwischen beiden Arten, und behandelt den zweiten Fall strenger, weil, solange noch kein Anwald bestellt ist, man nicht weiß, ob der Beklagte sicher die Klage erhalten hat, oder ob er nicht aus Mangel an Einsicht, aus Ungeschicklichkeit, die Vertheidigung unterließ, er also offenbar Schonung verdient, während derjenige, welcher schon den Anwald bestellt hat, sich nicht mehr damit entschuldigen kann, daß er die Klage nicht erhalten habe, oder daß er sich nicht zu benehmen wisse, weil er ja

---

40) Code de procédure p. I. lit. II. tit. VIII.

41) Wenn ein Contumacialurtheil auf Antrag des Beklagten gegen den ungehorsamen Kläger erfolgt, so heißt dies congé.

schon den rechtsgelehrten Rathgeber gewählt hat [42]. Wenn nun der Beklagte auf eine dieser Arten ungehorsam ist, so kann der Kläger ein jugement en défaut nachsuchen; die Sache wird in der Audienz aufgerufen, und erscheint Niemand für den Beklagten, so verfolgt der Kläger einseitig sein Recht, und sucht ein Contumacialurtheil nach, das aus zwei Theilen besteht, aus dem Acte, der über das Nichterscheinen gegeben wird (donner défaut), aus dem Urtheile in der Hauptsache zum Vortheile des Klägers (profit de défaut), hier entscheidet nun die Art, wie der Kläger seinen Anspruch begründen kann, das Gesetz erklärt nur: les conclusions seront adjugées, si elles se trouvent justes et bien verifiées, es ist daher der Kläger ebenso abzuweisen, wenn er eine ganz ungegründete gesetzwidrige Klage hat [43]. Die Staatsbehörde wird über die Sache vernommen [44].

Wenn auch einige französische Juristen [45]) behaupten, daß der bloße Ungehorsam des Beklagten und seine Nichtvertheidigung als ein stillschweigendes Geständniß angesehen werden müsse [46]), so ist doch rich-

---

42) Wenn der Anwald in der Audienz erscheint, aber zu plaidiren verweigert, so wird in der Regel jugement contradictoire begründet. — Carré, traité I. p. 239. Ueber den Fall, wenn der Anwald im Moment der Plaidoirien erklärt, daß er die Sache des Beklagten aufgebe. Arrêt de la cours de Trèves v. 12. Dée. 1812. Carré p. 240.

43) Pigeau procédure t. I. p. 473. — Berriat St. Prix p. 236. not. 13.

44) Sirey recueil t. I. p. 465. — Arrêt de la cour de cass. 23. messidor an IX.

45) Insbesondere Pigeau procéd. l. c. p. 473.

46) Sie berufen sich auf art. 1324 code civil. art. 194 code de proc.

tiger diese Theorie in ihrer Allgemeinheit bestritten [47]) und entspricht auch nicht den Worten des Gesetzes, welches verlangt, daß die Anträge bien verifiées seyen; daher kann auch das Tribunal statt des Definitiverkenntnisses andere Instruktionshandlungen zur Aufklärung und selbst Zeugenvernehmung anordnen [48]).

Sehr weise erklärt sich das Gesetz, wenn ein Contumacialurtheil gefällt ist, über die Insinuation desselben; die Besorgniß, daß ein boshafter Kläger im Einverständnisse mit einem Huissier, ohne nur dem Beklagten die Klage insinuirt zu haben, schnell ein Contumacialurtheil auswirke, dies eben so rasch insinuiren lasse, dadurch den Beklagten überrasche, bewog das Gesetz in allen Fällen, wo ein Contumacialurtheil ergeht, weil der Beklagte noch keinen Anwald bestellt hat, vorzuschreiben a) daß die Insinuation des Urtheils den Beklagten nicht durch den Anwald oder den bisher gebrauchten Huissier, sondern durch einen vom Tribunale selbst oder durch den Richter des Wohnorts des Ungehorsamen bestellten Gerichtsvollzieher geschehe [49]), damit daher kein Unterschleif eintreten könne. b) Die Opposition gegen das Contumacialurtheil kann in diesem Falle immer bis zur Vollstreckung des Urtheils ergriffen werden [50]). c) Jedes solche Contumacialurtheil muß binnen sechs Monaten vollstreckt werden, widrigenfalls dasselbe als gar nicht ausgebracht anzusehen, und daher ohne alle juristische Folgen ist [51]); der

---

47) Carré, traité p. 241.

48) Arrêt de la cour, de Rennes v. 20. Juli 1816.

49) Art. 155. Code de proc.

50) Art. 158. 159. code de proc.

51) Art. 155. Code de proc. — Pigeau t. I. p. 470. — Perrin, traité des nullités p. 136. — Carré, traité p. 249.

Grund liegt darin, weil sonst leicht der Kläger, der den Beklagten durch langes Schweigen sicher gemacht hat, mit der Vollstreckung zu einer Zeit hervorbrechen könnte, wo der Beklagte nicht mehr daran denkt. Bei Contumacialurtheilen dagegen, wo der Beklagte schon einen Anwald bestellt hatte, treten diese Begünstigungen nicht ein, das Urtheil wird auf die gewöhnliche Art insinuirt, die Vollstreckung kann erst acht Tage nach der Insinuation nachgesucht werden. Gegen jedes Contumacialurtheil kann der Beklagte Opposition ergreifen, binnen acht Tagen von der Signifikation an, wenn der Beklagte einen Anwald bestellt hatte [52]), sonst bis zur Vollstreckung des Urtheils.

Der neue Prozeßcodex von Geneve [53]) modificirt dies französische System, und will, daß dem Kläger, wenn der Beklagte ungehorsam ist, seine Conclusionen zugesprochen werden, mit Ausnahme jener Conclusionen, deren Grundlosigkeit aus den artikulirten Thatsachen oder den producirten Beweisstücken selbst hervorgeht. Allein das Gesetz will nicht, daß dieser Ausspruch unwiderruflich bleibe, daher gestattet das Gesetz (Art. 136), daß jeder verurtheilte Ungehorsame binnen vierzehn Tagen von der Insinuation des Urtheils an das Urtheil angreifen könne, ohne daß der Beklagte nöthig hat, eine Ursache für die Aufhebung des Urtheils anzugeben, so oft aber auch der Ungehorsame zeigen kann, daß er durch entschuldbare Abwesenheit, oder eine vis maior ausser Stand gewesen sey, in dem Termine von vierzehn Tagen die Opposition zu ergreifen, oder das Urtheil kennen zu lernen, kann er auf die

---

52) Art. 157. Code.

53) Code de procédure von 1819. art 130.

Wiederaufhebung des Urtheils antragen, und den Prozeß fortsetzen lassen [54].

Neuere Gesetzgebungen nun haben in verschiedenen Experimenten sich gefallen. Der hessische Gesetzesentwurf [55]) wendet bei dem auf das französische Verfahren gebauten Prozesse die Idee der Contumacia selbst auf die Vorverhandlungen an, und spricht aus, daß der Kläger alles, was der Beklagte in der défense nicht bestimmt abgeläugnet hat, als eingestanden annehmen dürfe. Engelhard [56]) nimmt in seinem Entwurfe sogar an, daß wenn der Beklagte auf die ihm aussergerichtlich in der Vorverhandlung mitgetheilte Klagschrift nicht antwortet, die Klage als eingestanden angenommen und der Beklagte mit allen Einreden ausgeschlossen wird. Schwerlich liegt aber eine solche Ansicht in dem Systeme des französischen Prozesses, da die Vorverhandlung gar nicht wesentlich zum Prozesse gehört, da das Gericht nur auf dasjenige verurtheilen kann, was vor ihm in der mündlichen Verhandlung vorkam, da der Beklagte gar keine défense einzureichen braucht, sondern auf die mündliche Verhandlung warten kann, da es selbst ungerecht seyn würde, den Beklagten mit einer so harten Strafe zu belegen, weil er auf ein vielleicht undeutliches und uncontrolirtes, nur aussergerichtlich zugekommenes Exploit nicht antwortet. Das würtenbergische Gesetz über das Verfahren in erster Instanz [57]) nimmt drei Termine an, der erste Termin ist nur dilatorisch; ist der Beklagte bei der Antwort auf die Klage unge-

---

54) Bellot exposé des motifs de la loi de procédure p. 100.

55) S. Art. 12. Motive II. H. S. 29.

56) Satz 57—59.

57) §. 127—29 und Motive S. 11.

horsam, so sollen die factischen Umstände der Klage als zugestanden angenommen werden; der Beklagte erhält aber einen neuen Termin zum Vorbringen seiner Einreden; versäumt er diesen Termin, so verliert er die Einreden; das Gesetz über den Rechtsgang bei höheren Gerichten[58]) dehnt die Strafe, daß der Klagegrund als eingestanden angenommen werde und Verlust der Einreden eintrete, auch auf das schriftliche Verfahren aus.

Das bernische Gesetzbuch[59]) legt das Ausbleiben einer Parthei bei einem Termine als einen Verzicht auf diejenige Handlung aus, welche sie bei dem Termine hätte vornehmen sollen; die anwesende Parthei kann, ehe die Sitzung förmlich anhebt, von dem Richter verlangen, daß er den Gegner durch den Gerichtsboten öffentlich vorladen lasse; bleibt der Geladene dann noch aus, so kann der Erschienene, wenn sie einer von dem Gegner vorzunehmenden Prozeßhandlung hätte beiwohnen sollen, darauf antragen, daß das Ausbleiben als Verzicht auf die betreffende Handlung ausgelegt, und neue Termine zur Fortsetzung der Verhandlungen angesetzt werden; der Richter spricht dem Antrage gemäß; der Erschienene theilt dies dem Ausgebliebenen mit, bleibt auch im nächsten Termine die Parthei aus, so kann der Erschienene darauf antragen, daß ihre eigenen Behauptungen als erwähret und die Verneinungen der Ausgebliebenen als zurückgezogen anzusehen seyen, es kann jedoch der ungehorsame Verurtheilte um Wiedereinsetzung bitten.

---

58) Gesetz v. 22 Sept. 1819 §. 6.

59) Von 1822. Satz 101—114 und dazu Schnell im Commentar hiezu S. 119.

Nach der bremischen Gerichtsordnung[60]) wird der Beklagte, welcher in dem Termine, da die Klage angestellt wird, nicht erscheint, als der, der Klage zum Grunde gelegten Thatsachen geständig erachtet, und mit seinen Einreden ausgeschlossen.

Nach dem baierischen Gesetze[61]) soll, wenn der Beklagte nicht erscheint, die Klage für abgeläugnet gehalten, der Beklagte seiner Einreden verlustigt, und die Kläger zum Beweise der Klage zugelassen werden.

Die nassauische Prozeßordnung für die Obergerichte vom 23. April 1822[62]) erklärt, daß wenn der Beklagte die Frist verstreichen läßt, die zum Klagegrund gehörigen Thatsachen für eingeräumt und Rechte, welche nur als Einreden hätten geltend gemacht werden können, für verzichtet zu achten seien. Die neueste nassauische Prozeßordnung für die Untergerichte[63]) weiset die Beamten an, in ihren Dekreten nicht mehr in allgemeinen Ausdrücken den Rechtsnachtheil anzudrohen, sondern bestimmt auszudrücken, worin der Rechtsnachtheil bestehen soll.

Die oldenburgische Prozeßordnung[64]) schreibt weise vor, daß, wenn der Beklagte den Termin zur Einlassung versäumt, er auf des Klägers Ungehorsamsanklage in die Kosten verurtheilt wird, mit Ansetzung eines neuen Termins unter der Verwarnung, daß der Beklagte seiner Einreden verlustig erklärt und die Klage bei weiterem Ungehorsame für zugestanden angenommen werden soll; es kann aber

---

60) Art. 134.

61) V. 22. Juli 1819 III. §. 6.

62) §. 7.

63) Vom 13. Dez. 1825. §. VI.

64) Vom 15. März 1824. §. 8.

auch das Gericht nach Beschaffenheit der Klage und des Prozesses ein anderes Präjudiz drohen. Der neueste baierische Entwurf von 1825 [65]) erklärt als Folge des Ungehorsams, daß der Ungehorsame seinem Gegner die durch den Ungehorsam verursachten Kosten erstatte und derjenigen Mittel zur Verfolgung oder Vertheidigung verlustig werde, die er in der unbenutzt verstrichenen Zeit hätte gebrauchen können; insbesondere soll, wenn der Beklagte auf die Klage nicht antwortet, das faktische Vorbringen in der Klage als zugestanden angenommen und Beklagter mit seinen Einreden präkludirt werden [66]). Frägt man nun, ob das so viel empfohlene Experiment, den ungehorsamen Beklagten als geständig der Klage anzunehmen, wirklich so große Nachahmung im schriftlichen Prozesse verdiene, so können wir eben so wenig an die Wirksamkeit als an die Gerechtigkeit der Maaßregel, wenn man sie als absolute für alle Fälle als Contumacialstrafe aufstellen will, glauben.

1) Noch am ersten läßt sich aus den oben angegebenen Gründen es sich rechtfertigen, wenn im mündlichen auf persönliche Vernehmung der Partheien gebauten Verfahren der ungehorsame Beklagte als geständig angenommen wird; besonders da, wo der Kläger schon seine Beweismittel vorgelegt und die persönliche Vernehmung die Aufnahme einer klaren vollständigen Klage bewirkt hat, wo man auch das Schweigen des Beklagten auf wichtige Beweise leichter als ein Zugeständniß der Kraft der Beweise ansehen kann; und doch ist schon gegen diese Strafe des Eingeständnisses im preußischen Prozesse bemerkt

65) §. 235—241 und §. 335.

66) Puchta über die bürgerliche Rechtspflege und Gerichtsverfassung (Erlangen 1826) S. 42.

worden, daß sie nicht consequent sey, indem der preußische Prozeß beabsichtige, materielles Unrecht nie in formelles Recht übergehen zu lassen, was nothwendig der Fall seyn müßte, wenn blos wegen eines Versäumnisses des Beklagten dem vielleicht völlig unberechtigten Kläger das Recht zugesprochen werden müßte.

2) Alle solche strengen Strafen beruhen auf einer unrichtigen Vorstellung von der Natur des Prozesses; die Säumniß einer Parthei ist nicht ein Ungehorsam gegen den Richter, die richterliche Ladung ist besonders nach der Verhandlungsmaxime nicht um des Richters wegen, sondern nur zum Vortheile der Parthei, welche sie begehrte, erlassen, im schriftlichen Prozesse kümmert sich der Richter gar nicht um den Tag, an welchem die Schrift einzubringen ist; die Säumniß ist daher nur eine Unterlassung, für welche der Säumige seinem Gegner verantwortlich wird.

3) Dergleichen Strafen, welche den Verlust des Prozesses zur Folge haben, verletzen selbst den ersten Grundsatz aller Strafen, indem die nämliche Unterlassung, welche in einem leicht zu entschuldigenden Versehen ihren Grund hat, in einem Prozesse, wo der Streitgegenstand 100 Thlr. beträgt, mit 100 Thlr. und in einem anderen Prozesse, wo die Streitssumme 100,000 Thlr. ausmacht, mit 100,000 Thlr. bestraft wird, so daß jedes Verhältniß zwischen Vergehen und Strafe verletzt ist [67].

4) Erwägt man, wer den Fehler gemacht hat, der bei der Contumacia bestraft werden soll, so sind es in der Regel nicht die Partheien, sondern vorzüglich im schriftlichen Prozesse die Advokaten. Wird

67) S. Vorbericht zu dem bernischen Entwurfe S. XVI.

nun die Klage als eingestanden angenommen, und verliert der Beklagte seinen Prozeß, so mag er sich zwar an seinen Advokaten halten; allein betrachtet man, wie dadurch nothwendig neue Streitigkeiten entstehen, wie wenig die Parthei gerade bei solchen Prozessen gewinnt, wie wenig ihr ein Unrecht vorzuwerfen ist, da sie nur den vom Staate angestellten Anwälden getraut hat, wie traurig es selbst für sie ist, wenn sie auch gegen den säumigen Anwald den Prozeß gewinnt, aber keine Hoffnung hat, vielleicht wegen 100,000 Thlr., die der Anwald nicht besitzt, entschädigt zu werden, so räth legislative Klugheit nicht zu strengen Strafen um so weniger als 5) sonst die Gesetzgebung voraussehen kann, daß die mildere Praxis soviel durch Restitutionen nachhelfen wird, daß die ganze Vorschrift in leere Formalität ausartet und selbst von den schlauen Anwälden, welche wissen, daß sie doch restituirt werden würden, als Mittel der Prozeßverzögerung benützt wird.

6) Es scheint auch ungerecht, wenn man das Schweigen des Beklagten in allen Fällen auf eine oft flüchtig hingeworfene unvollständig vorgetragene Klagschrift als ein Zugeständniß betrachten und nicht erwägen will, daß das Ableiten eines Zugeständnisses aus dem Stillschweigen nach Rechtsregeln nur dann sich rechtfertigen läßt, wenn nach aller menschlichen Wahrscheinlichkeit das Schweigen nicht wohl anders erklärt werden kann, als daß der Schweigende habe gestehen wollen. Schwerlich mag man aber dies in Bezug auf das Schweigen des Beklagten behaupten, da die Verhältnisse des bürgerlichen Lebens nicht fremd seyn können, in welchen oft der unberathene, mit den juristischen Geheimnissen nicht vertraute Bürger auf eine Klage nur deswegen keine Antwort giebt, weil er die absolute Grundlosigkeit

des Anspruchs kennt, und daher erwartet, daß der Kläger, der doch nie würde beweisen können, werde abgewiesen werden, oder wo die unerfahrne Wittwe, die nach dem plötzlichen Tode ihres Ehemanns ein ihr bisher fremd gebliebenes Geschäft fortführen soll, und nun durch eine Klageschrift überrascht wird, den Termin versäumt, weil sie keinen Rath wußte, und, vielleicht durch häusliche Leiden abgehalten ist, fremde Rechtsbelehrung zu suchen. Es war weise von den älteren Juristen und Statuten, den Ungehorsam desjenigen, der nur nicht im Termine erscheint oder handelt, nicht demjenigen gleichzustellen, wo der Beklagte auf die insinuirte Klage seine Weigerung, dem Befehle zu gehorchen, bestimmt aussprach [68].

7) Die Strafe des Eingeständnisses ist aber auch im schriftlichen Verfahren gewöhnlich ungerecht, weil gar die Bedingungen nicht eintreten, unter welchen das stillschweigende Geständniß civilrechtlich angenommen werden darf. Wer weiß nicht, wie verworren, undeutlich, absichtlich verdreht, unter einander herumgeschoben die Behauptungen in den Klagschriften häufig vorgetragen werden; man darf oft die Schrift durchlesen, bis man weiß, welche Thatsachen gerade behauptet worden sind; der Kläger selbst spart sich den vollständigen Vortrag erst auf die Replik. Wie mag man hier behaupten, daß der Beklagte jede einzelne Thatsache, welche irgend versteckt in der Klagschrift liegt, habe eingestehen wollen, wer mag sein Schweigen als concludente Handlung betrachten?

---

68) Die gewichtigsten Gründe für das System, den ungehorsamen Beklagten als geständig anzunehmen, s. bei Stürzer im Archiv für Civilpraxis VIII. S. 395.

8) Will man gerecht seyn, so bleibt nichts übrig, als wenigstens die Bestimmung des würtenbergischen Gesetzes anzunehmen [69]), nach welchem, wenn in einer Schrift die Parthei die Erklärung über erhebliche Umstände umgangen oder unbestimmt gelassen hat, ihr die Schrift zur Hebung des vorwaltenden Mangels unter namentlicher Bezeichnung der Thatumstände, worüber die bestimmtere Erklärung gewärtigt wird, zurückzugeben ist, und dann erst das wiederholt unbestimmt gelassene als eingestanden angenommen wird. Ebenso wie der Richter über einzelne Umstände bestimmtere Erklärungen fodern kann [70]), müßte es auch dem Gegner freistehen, dergleichen zu fodern, und da mag allerdings die Strafe des Schweigens das Eingeständniß seyn.

9) Es ist selbst ein nicht unwichtiger Grund gegen die Strafe des fingirten Eingeständnisses, daß diejenigen, welche in Gegenden leben, in welchen diese Strafe schon seit Jahrzehnten gesetzlich besteht, die Nachtheile derselben angeben, und den Gesetzgeber warnen [71]) oder diejenigen, welche selbst zuvor diese Strafe empfahlen, die reichsgesetzliche vorziehen, wo es darauf ankam, in einem Gesetze sich darüber zu erklären, und das Zweckmäßigste zu wählen [72]).

---

69) Würtenberg. Gesetz vom 22. Sept. 1819, §. 11.

70) Man kann, sagt v. Gönner in seinem Commentar zu dem baier. Ges. S. 96. in Not., von den Richtern eine so genaue Prüfung der Prozeßschriften nicht wohl fordern oder erwarten ???.

71) Z. B. von Oesterreich, Pratobevera, Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in Oesterreich. II. Thl. S. 33.

72) Z. B. v. Gönner im Commentar zu dem baier. Gesetze S. 90–97.

Am wenigsten mag dieser neue Vorschlag einer Gesetzgebung zur Einführung empfohlen werden, welche nicht die Verbindung der Beweise mit den ersten Schriften anordnet, und auf der reinen Verhandlungsmaxime beruht. Mit Unrecht spricht man auch von einer Härte der reichsgesetzlichen Bestimmung[73]), indem der Kläger dadurch oft bestraft würde, den Beweis von Thatumständen übernehmen müßte, welche vielleicht der Beklagte nicht die Stirne gehabt hätte, abzuleugnen; der Beklagte sey nur deswegen oft ungehorsam, weil er nicht schamlos genug sey, dem Kläger wider besseres Wissen ins Angesicht die Wahrheit seines Vorbringens zu widersprechen; allein gegen dies vielleicht wendet die Erfahrung viel ein; gerade weil der Beklagte sich nicht erklärte, giebt er den Beweis, daß er die Thatsachen nicht zugestehen wollte; und wenn auch die obige Behauptung gegründet wäre, so würde sie es doch nur höchstens da seyn, wenn die Partheien persönlich bei Gericht erscheinen müßten, sie paßt aber nicht auf schriftliches Verfahren, in welchem nicht die Parthei, sondern ihr Anwald die Schrift arbeitet, und solche Schamgefühle nicht leicht wirken können.

Soll das Contumacialsystem auf eine gerechte, umsichtige und ausführbare Weise regulirt werden, so ist es 1) vorzüglich nothwendig, das System zu vermeiden, nach welchem eine einzige Art der Contumacialstrafen des Beklagten als absolut in allen Fällen eintretend ausgesprochen werden. Je mehr dem Richter auch hier ein gewisser Raum für sein Ermessen und die Möglichkeit einer Wahl zwischen mehreren Contumacialstrafen gegeben wird, desto

73) Motive zu dem würtenbergischen Edikte. S. 63.

zweckmäßiger ist die Gesetzgebung; es muß daher dem Kläger gestattet seyn, auf eine oder die andere Contumacialfolge anzutragen, und wir geben gerne zu, daß unter diesen Strafen auch die: daß der ungehorsame Beklagte für geständig angenommen werde, vorkommen soll. Das Gericht muß aber dann nach Beschaffenheit des Falles entscheiden, welche Strafe es androhen und exequiren will.

2) Die Anwendung von Geldstrafen taugt nichts[74]), ausgenommen gegen die Vertreter fremder Rechte z. B. wenn der Tutor streitet.

3) Der Kläger, welcher Ungehorsamsurtheil verlangt, soll immer schuldig seyn, wenn er nicht schon es in der Klage gethan hat, die Beweise seiner Klage dem Gerichte anzuzeigen und seine Klage zu begründen, worauf dann das Gericht (auf ähnliche Art, wie es das französische Recht sagt) si les conclusions se trouvent justes et bien verifiées, dem Kläger sein Gesuch zuspricht.

4) Es mag auch consequent seyn, daß dann, wenn das Gesetz als Strafe der contumacia das Geständniß annimmt, den Beklagten mit seinen Einreden ausschließt[75]), nur muß man dies Gebot nicht als absolutes aufstellen, vielmehr dem Gerichte überlassen, nach Beschaffenheit der Umstände[76]) einen neuen Termin zur Vorbringung der Einreden zu geben[77]).

---

74) Gönner Jahrbücher der Gesetzgebung I. S. 381 u. im Commentar S. 102.

75) Puchta über die bürgerliche Rechtspflege S. 50.

76) S. auch meine Bemerkungen im Archiv IX. S. 141.

77) Dies thut auch die österr. Gerichtso. §. 36—39. Würtenberg. Ges. §. 128.

§. VI.

Verhandlungen nach der Aufnahme der Vertheidigung.

In den älteren deutschen Gesetzen kommen die Ausdrücke: Replik und Duplik ziemlich selten vor, und bedeuten, wenn sie vorkommen, nicht besondere Schriften, welche nach der Exzeptionsschrift eingereicht werden, sondern die wahren neuen Schutzeinwendungen, welche (den Exzeptionen zu vergleichen) erst durch vorgebrachte Exzeptionen des Beklagten veranlaßt werden. Vor dem jüngsten Reichsabschiede erhielt zwar der Kläger zu seiner Gegenhandlung einen Termin, der mit dem heutigen Replikstermine verglichen werden kann; allein wahre Replik- und Duplikschriften, im heutigen Sinne, kamen nicht nach der Exzeptionsschrift, sondern erst nach geschlossenen Beweisverfahren vor, wo die Conclusionsschriften zugleich alle nöthigen Rechtsdeduktionen enthielten [1], nach der Exzeptionsschrift und nach dem zur Erledigung der darin vorgebrachten Punkte bestimmten Verfahren trat das Positional- und Beweisverfahren ein [2]. Nach dem jüngsten Reichsabschiede war schon die Replikschrift und nach einem bald angenommenen Satze, daß der Beklagte auch das letzte Wort haben müßte, die Duplikschrift gewöhnlich [3]; durch den Gerichtsgebrauch erst bildete sich die Regel,

---

1) So war es noch im meklenburgischen Prozesse nach der älteren Hof- und Landgerichtsordnung. S. Kamptz meklenburg. Civilprozeß S. 121.

2) S. gut baier. Gerichtsordnung von 1520 Tit. V. Art 12 etc. S. noch Giesebert peric. statutor. p. 207.

3) J. R. A. §. 45. 47. 81.

daß in allen Fällen solche Schriften gestattet werden, so wie durch denselben erst die heutige Gestalt dieser Schriften entstand. Mechanisch wurde die sogenannte Exzeptionsschrift ad replicandum mitgetheilt, und es bildete sich bei vielen Gerichten selbst die Ansicht, daß erst nach der eingereichten Duplik das richterliche Amt thätig werde. An manchen Orten war man noch mild genug Triplik und Quadruplik zu gestatten, und in einigen Gegenden Deutschlands gehören selbst diese letztern Schriften zur Regel, da sich dort der Gerichtsgebrauch so gestaltet hat, daß die Klage- und Exzeptionsschrift nur Formalitäten sind, durch welche sich die streitenden Theile gleichsam nur kämpflich begrüßen. Solche Verzögerungen widerstreiten aber dem Geiste des gemeinen deutschen Prozesses, und der Fehler liegt nur darin, daß man diese Replik- und Duplikschriften für ebenso wesentlich in jedem Prozesse, wie die Klage- und Exzeptionsschrift hält; nur die letzteren bilden die wahren Grundlagen des ganzen Verfahrens, und sind unentbehrlich. Wenn beide zu den Akten im schriftlichen Verfahren gebracht sind, so wird es fehlerhaft, wenn für die nachfolgenden Verhandlungen e i n e und die nämliche Form in a l l e n Fällen durch Einreichung der zwei Schriften angewendet wird. Mit der Klage- und Exzeptionsschrift endigt das Bedürfniß schriftlicher Grundlage, durch beide Schriften soll die Streitfrage und der wechselseitige Anspruch so klar festgestellt seyn, daß jetzt das Gericht beurtheilen kann, durch welche weiteren Schritte die Verhandlung vollständig zu liefern ist. Hier ist auch der Punkt, wo in das System des gemeinen Prozesses die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit am besten eingepaßt werden kann; weil die Voraussetzungen der Wirksamkeit mündlichen Verfahrens geliefert sind,

unter welchen erwartet werden kann, daß die Partheien oder ihre Anwälde durch bloße mündliche Vorträge ihre Rechte vollständig ausführen können, weil das Gericht durch beide Schriften in den Stand gesetzt ist, den Gang der weiteren Verhandlungen zweckmäßig zu leiten, und jetzt schon klar ist, welche Punkte noch hergestellt werden müssen, damit ein gerechtes Urtheil gefällt werde, weil ebenso auch die Vorbedingungen öffentlicher Verhandlungen gegeben sind, indem die Sache schon so weit reif ist, daß wenigstens in der Regel die Verhandlungen ununterbrochen fortdauern, und ein zusammenhängendes klares Bild aller Streitsverhandlungen eben sowohl dem Gericht als jedem Zuhörer gewähren kann, weil dadurch der Streit in die Lage gekommen ist, in welcher die Entscheidung, insbesondere das öffentliche Abstimmen und Aussprechen des Urtheils beginnen kann. Allein hiezu reicht freilich nicht immer die bloße Exzeptionsschrift zu; es entscheidet vielmehr die Beschaffenheit derselben, und der Gerichtsdeputirte, welchem die Leitung der Vorverhandlung übertragen ist, hat hier die Pflicht zu prüfen, ob bereits die Sache zur mündlichen Verhandlung reif ist; findet er daher, daß wahre peremtorische Exzeptionen vorgebracht sind, so muß vorerst die sogenannte Replikschrift zu den Akten gebracht, d. h. es muß dem Kläger möglich gemacht werden, seine Repliken vorzutragen; hat der Beklagte gegen die (aus guten Gründen beizubehaltenden Regeln der Reichsgesetze) nur ausweichend, zu allgemein die Klage beantwortet, so daß die Exzeptionsschrift dem Gerichte nichts nützen würde, hat der Beklagte wegen der gesetzlich nicht hiezu privilegirten Einreden die Einlassung verweigert, so müßte ein neuer Termin zur Einbringung der ordnungsmäßig abzufassenden Schrift

dem Beklagten gesetzt werden; versäumte er den Termin, so könnte der Kläger zu der einseitigen Verhandlung zugelassen und der Gerichtstag zur mündlichen Verhandlung bestimmt werden. In derselben hätte das Gericht ebenso das Recht weitere Aufklärungsfragen zu stellen, wie jeder Parthei das Recht hiezu zustehen müßte, und nun erfolgte das Urtheil auf die unten näher zu bezeichnende Art. Bei dieser Form könnten alle Vortheile der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit mit den Vorzügen des schriftlichen Verfahrens vereinigt und selbst der Vorzug der Beibehaltung der Eventualmaxime angewendet werden.

Will man diese Oeffentlichkeit nicht, oder kann sie wegen Mangels einer passenden Gerichtsverfassung noch nicht eingeführt werden, so bedarf doch auch, wenn das schriftliche Verfahren und die Verhandlungsmaxime beibehalten wird, das bisher übliche Verfahren einer Verbesserung; auch dann kann der Grundsatz gelten, daß Replik- und Duplikschriften nicht wesentliche Schriften sind, und daß der Richter zu bestimmen habe, welche Mittel nach der Actenlage dem Zwecke der noch nöthigen Aufklärung am Besten entsprechen.

1) Ist durch Klage und Exceptionsschrift alles bereits klar bis auf wenige faktische Punkte, worüber Kläger oder Beklagter sich nicht deutlich erklärt haben, so ist vorauszusehen, daß der Auftrag ad replicandum und duplicandum nur Wiederholungen bereits vorgetragener Punkte, und doch keinen klaren Vortrag über den eben dem Richter wichtigen Punkt, veranlassen wird. Viel zweckmäßiger bezeichnete hier der Richter diese Punkte und trüge der Parthei, die sich darüber erklären kann, eine bestimmte Erklärung auf; eine einzige persönliche Befragung

würde hier zum Ziele führen, — warum soll nicht per decretum die Parthei befragt werden, vorzüglich da die Reichsgesetze ein solches Fragerecht des Richters begründen [4]).

2) Enthielt die Exceptionsschrift Regelwidrigkeiten, z. B. ausweichende oder gar keine Litiscontestation oder waren befreiende Einreden vorgebracht, so erfolgt die dem bessern deutschen Gerichtsgebrauche entsprechende Verfügung, durch Auftrag, besser als geschehen, litem zu contestiren oder durch Verfügung auf die vorgebrachte Einrede.

3) War vom Beklagten eine wahre peremtorische Einrede vorgebracht, so erfolgt die Mittheilung der Schrift an den Kläger zur Abgabe seiner Erklärung darauf.

4) Ist in Bezug auf das Thatsächliche Alles klar, beruht die Entscheidung nur auf einem Rechtspunkte, so erginge der Auftrag an die Partheien nur in einem Termine ihre Rechtsdeduktionen vorzubringen, und es könnte strenge darauf gesehen werden, daß in den in diesen Fällen eingereichten Schriften unnütze Wiederholungen vermieden würden.

5) Waren die bisherige Vorträge der Partheien überhaupt verworren und unklar, ist der Fall faktisch höchst verwickelt, so ist ebenso gewöhnlich vorauszusehen, daß durch den einfachen Auftrag zu repliciren die Sache nicht klarer wird, und hier wäre es der Verhandlungsmaxime durchaus nicht entgegen, wenn der Richter aus den bisherigen Vorträgen die Punkte auszeichnete, welche noch einer Aufklärung bedürfen, und worüber die kurze bestimmte Antwort nach Umständen beider Partheien, oder vorerst nur einer Parthei zur Pflicht gemacht würde. Wenn man

---

4) J. R. A. §. 41.

einmal zugiebt, was nach dem §. 41 des J. R. A. nicht zu läugnen ist, daß der Richter um einzelne Punkte fragen darf, so kann es nicht mehr auf die Zahl der Fragen ankommen; es wird deswegen der gewissenhafte Richter sich hüten in eine Inquisition seine Verhandlung zu verwandeln; die bisherigen Schriften geben die Grundlage, und alles, um was er fragt, war schon, jedoch nur schlecht, beantwortet; seine Fragen bezwecken nur eine deutlichere Antwort. Wer nach der Verhandlungsmaxime dies Recht des Richters läugnen wollte, müßte behaupten, daß der Richter sich mit jeder Antwort begnügen müßte, welche die Partheien, schlau genug, zu geben für gut fänden.

6) Ist alles Thatsächliche klar, ist die Rechtsfrage nicht schwierig, so ist eine Replik oder Rechtsdeduktion sehr überflüssig und es unterliegt keinem Bedenken, daß der Richter sogleich das Urtheil fällen könne.

7) Vorzüglich wäre es sehr zu empfehlen, daß in Fällen, in welchen mehrere faktische Punkte bewiesen werden müssen, die Einreichung der Rechtsdeduktionen bis nach geschlossenem Beweisverfahren verschoben würde, weil viele unnütze Erörterungen wegfallen werden, weil die Partheien selbst besser das Faktische überschauen und manchen Punkt erst hervorheben, den sie sonst übergangen haben würden.

Noch tiefer greifen manche neuere Gesetzgebungen das bisherige System des deutschen Prozesses an. Einige, z. B. die Oldenburgische[5]), weiset den Richter an, nachdem die Klage- und Exzeptionsschrift zu den Akten gekommen sind, wenn nicht die Einholung einer Replikschrift vorerst nothwendig wird, einen Instruk-

---

5) Prozeßo. v. 1824 §. 14.

tionstermin anzusetzen, wozu die Partheien und zwar selbst persönlich (in der Regel) vorgeladen werden; in diesem Termine soll der Richter suchen, alle Dunkelheiten, Unbestimmtheiten durch geeignete Fragen an die Partheien zu heben, daher das Faktum und den Streitpunkt festsetzen, und so die Sache zu einem End- oder doch Vorbescheid über den Beweis instruiren. Der neue baierische Entwurf [6]) schreibt vor, daß nach geschlossener Verhandlung ein Termin zur Regulirung des status causae angesetzt werde, und wenn dies bewirkt ist, fordert der Entwurf [7]), daß die Sache zum Zwecke des mündlichen Verfahrens in die Audienz gebracht werde, worin der regulirte status causae abgelesen, ebenso alle produzirten Beweise verlesen werden und dann die Partheien selbst oder durch ihre Anwälde das Faktum näher entwickeln und die Rechtsgründe mündlich auseinandersetzen dürfen [8]).

Betrachtet man diese Vorschriften genauer, so kann man, während man das Streben nach Gründlichkeit achten muß, die Besorgniß nicht unterdrücken, daß aus übergroßer Gründlichkeit eine sehr nachtheilige Langsamkeit und Kostspieligkeit des Verfahrens eintrete. Es ist gewiß fehlerhaft, eine gewisse Form, die in manchen sehr schwierigen Fällen wohlthätig wirkt, als absolut nothwendig für alle Fälle vorzuschreiben; es muß dem Richter eine größere Freiheit in der Wahl der Mittel gelassen werden; wachen die Gerichte strenge genug über den ersten Schriftenwechsel der Klage, Exzeptionsschrift

---

6) Von 1825 §. 364.

7) §. 689—707.

8) Meine Bemerkungen im Archive für Civilpraxis IX. Band S. 126—135.

und Replikschrift, sorgen sie für Vollständigkeit und Deutlichkeit der Vorträge, so ist, wenn man nicht lieber dem Gerichte das Recht geben will, eine mündliche Schlußverhandlung in manchen Fällen anzuordnen, durch Bestimmung eines Instruktionstermins auf die Art, wie es das oldenburgische Gesetz thut, hinreichend gesorgt.

---

§. VII.

Beweisinterlocut.

Wenige Einrichtungen sind so sehr von den Reformatoren des deutschen Prozesses getadelt worden, als die Interlocute. Man hat den deutschen Prozeß mit einem Drama in zwei Acten verglichen [1]), man hat die große durch die Beweisurtheile entstehende Zögerung hervorgehoben und behauptet, daß Zeit und Mühe, welche man auf Interlocute verwende, rein verloren seyen, man hat selbst in diesen Zwischenurtheilen Hinderungsgründe der Begründung materieller Wahrheit und Gerechtigkeit gefunden. Durch den Gerichtsgebrauch hatte sich das Verfahren gebildet, daß der Richter, wenn er einmal wußte, über welchen Gegenstand die Partheien stritten, was sie wechselseitig verlangten und auf welche Gründe jede Parthei ihre Ansprüche stütze, ein bedingtes Endurtheil fällte, durch welches er bestimmte, welche von beiden Partheien und welche Thatsachen jede in einem bestimmten Termine zu beweisen schuldig sey, wenn sie gewisse Ansprüche sich zuerkannt haben wollte.

---

1) v. Gönner, Motive zu dem Entwurfe eines Gesetzbuchs S. 301.

Jedes solche vorbereitende Urtheil liefert 1) theils die Grundlage aller weiteren Streitsverhandlungen, um ein unnützes Beweishäufen zu vermeiden, um die Partheien an bestimmte Fristen zu binden; theils 2) trägt es schon das Endurtheil in sich, und ist selbst bedingte Definitivsentenz, indem der Richter, welcher gewisse Thatsachen zu beweisen aufträgt, schon ausspricht, daß unter der Voraussetzung der Wahrheit dieser Thatsachen die gemachten Ansprüche im gesetzlichen Sinne gegründet seyen, daß daher derjenige, welcher den Beweis der aufgelegten Thatsachen liefern könnte, den Sieg erhalten würde.

Will man sich über die geschichtliche Entwickelung der Beweisinterlocute genauer verständigen, so muß man die Fragen trennen: 1) wann ist es Grundsatz geworden, daß die Beweismittel in einem besonderen Abschnitte des Verfahrens nach dem geschlossenen Verfahren über das wechselseitige Vorbringen, angetreten und benützt werden? 2) Wann kömmt der Satz vor, daß der Richter den Partheien genau die Beweispunkte bezeichnet, auf welche eine Parthei ihren Beweis richten muß, wenn sie siegen will? 3) Wann bildete sich die Ansicht, daß der Richter diese Festsetzung der Beweispunkte in Form eines bedingten Endurtheils, welches rechtskräftig wird, ausspricht? 4) In wie ferne kömmt die Ansicht vor, daß innerhalb eines gewissen Beweistermins alle Beweismittel, deren man sich bedienen will, auf einmal angetreten werden müssen? Es kann nicht bezweifelt werden, daß erst durch den deutschen Gerichtsgebrauch das Beweisinterlocut den heutigen Character erhalten hat, und der römische Prozeß eben so wenig als der canonische Prozeß kannte Interlocute in dem Sinne wie zuvor eben die Fragen gestellt wurden; allein es kann nicht geläugnet wer-

den, daß auch der römische Prozeß die Idee kennt, daß der Richter der Parthei die Beweispunkte bezeichnet.

Die nach der Regulirung des Streitpunkts vom praetor dem judex ertheilte Instruction hatte insbesondere bei den actionibus stricti juris für die Parthei alle Wirkungen eines heutigen Interlocuts, und nicht unwahrscheinlich ist es, daß bei actionibus bonae fidei der judex Interlocute fällte, welche freilich nicht die Gestalt der heutigen Interlocute an sich trugen, sondern besser etwa mit den Beweisdecreten des preußischen Prozesses verglichen werden können, die daher auch nicht in unserem Sinne in Rechtskraft übergingen (weil überhaupt nur von res judicata des Endurtheils bei den Römern die Rede seyn konnte) wogegen auch nicht Appellation zulässig war. Als das Verfahren vor judex und praetor zusammenschmolz, ist die Fällung von Interlocutionen, wodurch eine Beweisfrist gesetzt wurde, nicht zu läugnen, obwohl nicht immer der Ausdruck interlocutio darauf deutet und die Partheien ihre Beweismittel auch schon vorher in jeder Lage des Prozesses produziren konnten, und nur bei Zeugen, zu deren Benützung bei Gericht ein förmliches Verfahren nöthig war, bedurfte es einer Fristbestimmung; auch muß dagegen schon häufig appellirt worden seyn, weil soviele Einschränkungen der Appellation nöthig wurden[2]). Der canonische Prozeß kannte zwar auch noch keine Beweisinterlocute im heutigen Sinne; die Urkunden konnten immer produzirt werden, und durch das System der Positionen erhielt der Prozeß eine von dem unsrigen abweichende Richtung. Uebrigens sieht man schon, daß, wenn vom probatio

---

2) L. 16. Cod. de judic. l. ult. Cod. de sent. et interl.

die Rede ist, vorzugsweise an Beweis durch Zeugen gedacht wird, und zur Antretung des Zeugenbeweises ein terminus probatorius den Partheien gegeben wurde [3]), und gewiß ist, daß das richterliche Dekret über den Beweistermin auch sententià interlocutoria genannt wurde [4]), und bekannt ist, daß gegen Interlocute appellirt werden konnte [5]).

Im ältesten deutschen Prozesse war freilich das Bedürfniß der Interlocute nicht vorhanden, da theils in einer Reihe von Fällen wegen des Eides der Beklagte begünstigt war, von der Klage sich loszuschwören, und der Kläger oft nicht beweisen konnte, da theils die Gegenwart aller Dingpflichtigen die schnelle Production etwaiger Zeugen um so leichter möglich machte, als nach dem Requisite der Cespitalität der Zeugen, fremde Zeugen nicht so leicht vorkamen; jedoch war es nicht selten, daß den Partheien, welche beweisen wollten, hiezu vom Gerichte ein Gerichtstag angesetzt wurde [6]).

Es ist aber auch gewiß, daß im späteren deutschen Prozesse Urtheile der Richter auf Beweis vorkommen [7]), und insbesondere zur Produktion der Zeugen ein Beweistermin gegeben wurde [8]), so wie

---

vergl. l. 2. D. de appellat. l. 2. Cod. de episcop. aud. l. 5. 7. Cod. de sent. et interl.

3) Duranti speculum jur. tit. de probationibus Nro. 1. et 2. (Francofurt. 1592.) pag. 263.

4) Duranti Speculum tit. de sententia edit. cit. p. 419.

5) c. 12. 59. X. de appell.

6) Sachsenspiegel I. 62. Hauschild Gerichtsverf. S. 47.

7) Sachsenspiegel II. 18. Kopp Nachrichten v. den geistl. u. weltl. Gerichten. I. Thl. S. 443 u. ein Beispiel im Urkundenbuch Nro. 118.

8) Sachsenspiegel I. 69.

überhaupt die älteren Gerichtsordnungen, wenn sie von der Beweisfrist sprechen, an die Frist zum Zeugenbeweise denken [9]. Daß im 16. Jahrhunderte schon förmliche Beweisurtheile vorkommen, worin dem Kläger aufgelegt wurde, binnen sächsischer Frist den Grund seiner Klage zu erweisen, ergiebt sich aus den Prozeßschriftstellern der damaligen Zeit [10], und ein solches Urtheil konnte um so leichter interlocutoria genannt werden, da schon das canonische Recht diesen Ausdruck kannte; auch sprechen schon die damaligen Schriftsteller z. B. Termineus von der Rechtskraft des Beweisinterlokuts. Je mehr sich die Eventualmaxime ausbildete, und in der Consequenz auch auf das Beweisverfahren angewendet wurde, desto leichter konnte man dazu kommen, durch ein Beweisinterlokut, wogegen man apelliren konnte, den Termin anzugeben, innerhalb welchem die beweispflichtige Parthei alle ihre Beweismittel auf einmal vorbringen müßte.

Die Beweisinterlocute vermehrten sich bald, jemehr das alte System durch das Wegfallen der Positionalartikel und des articulirten Verfahrens sich veränderte, jemehr das erste Verfahren auf vier Schriften sich reduzirte, nach welchen man die Fällung eines Urtheils erwartete, je allgemeiner auch in den einfachsten Fällen das schriftliche Verfahren wurde, jemehr die, zwar auch reichsgesetzlich erlaubte [11], freiwillige Beweisantretung verschwand,

9) Cölnische reformatio jud. v. 1570 cap. de probation. p. 164. Baierische Gerichtsordn. v. 1520 Tit. VII. Art. 1. Henneberger Landeso. v. 1539. Buch II. Tit. 5. Cap. 2. S. noch Giesebert periculum p. 208—14.

10) Termineus processus juris scripti p. 188.

11) J. R. A. §. 35. 37.

und dagegen ein Streit über die Beweislast häufiger wurde. Die Oberflächlichkeit der Instruction des ersten Schriftenwechsels, die Gleichgültigkeit der Richter, welche mit jeder Schrift sich begnügten, erzeugte oberflächliche Interlocute, besonders weil man von der wahren Ansicht, daß das Interlocut bedingtes Endurtheil sey, sich entfernte; dadurch vermehrten sich die Fälle, in welchen schlecht gefällte Interlocute die Richter, welche das Endurtheil fällen sollten, entweder nöthigten, das bisherige Beweisverfahren zu vernichten, weil über irrelevante Punkte der Beweis geführt war, oder an dem unrichtigen Beweisthema festzuhalten, und ein materiell ungerechtes Urtheil, mit der Ueberzeugung der Ungerechtigkeit blos deswegen, weil der Richter gefehlt hatte, zu fällen.

Fälle dieser Art nöthigten zu Verbesserungen, und vor allen war es der preußische Prozeß, welcher den Versuch der Verbannung aller Beweisinterlocute machte. Die Untersuchungsmaxime, und das darin eingeführte mündliche Verfahren, erleichterte den Versuch, und es ist dem Verfasser dieser Bemerkungen aus dem Studium vieler preußischen Acten klar geworden, daß wenn der preußische Richter seine Pflicht thut, Interlocute in den meisten Fällen entbehrt werden können. Die Vorschrift, daß jede Parthei sogleich mit ihren ersten Erklärungen die Beweismittel angebe, worauf sie sich stützt, die dem Richter zur Pflicht gemachte Sorgfalt, jeden wichtigen Umstand hervorzuheben, darüber die bestimmte Erklärung des Gegners zu verlangen, die richterliche Thätigkeit, daß während der Verhandlungen über den Thatbestand immer auch über die Beweismittel verhandelt wird, die Möglichkeit über so viele Puncte, die im schriftlichen Verfahren leicht abge-

läugnet werden, das Geständniß des anderen Theils zu erhalten, vorzüglich die Regulirung des status causae, durch welchen der Beweispunkt klar herausgeworfen, das Wichtige von dem Unwichtigen getrennt wird, bewirken, daß Interlocute entbehrt werden können, und die Bemerkung der Punkte, welche noch zu beweisen sind, beruht nach der Ansicht des preußischen Prozesses auf der Vereinigung des Instruenten mit den Partheien und ihren Assistenten [12]. Erfolgt die Vereinigung nicht, so kömmt die Sache zwar an das Collegium, welches einen Beschluß über die zwischen Instruenten und den Partheien streitigen Punkte faßt [13], wogegen keine Appellation statt findet; jedoch ist der Richter bei Abfassung des Erkenntnisses nicht schlechterdings gebunden, sondern er kann, wenn er findet, daß ein bisher als unerheblich angesehener und unerörtert gelassener Umstand auf die wichtige Entscheidung des Prozesses Einfluß habe, die nähere Ausmittelung noch verfügen [14]. Von den deutschen Gesetzgebungen hat die Badische [15] den Satz ausgesprochen, daß ein Beweisinterlocut nicht in Rechtskraft übergehe, und daher der am Ende entscheidende Richter nicht daran gebunden ist.

Neuere Gesetzgebungen und Reformatoren haben auf verschiedene Art die Vortheile der Verbannung der Interlocute sich anzueignen gesucht. 1) Entweder überläßt das Gesetz die Aufsuchung der Thatsachen, welche zu beweisen sind, den Partheien, bestimmt blos im Allgemeinen die Regel der Beweis-

---

12) Preuß. Gerichtsordn. Tit. X. §. 45.

13) Gerichtsordn. l. c. §. 47.

14) Gerichtsordn. Tit. X. §. 57.

15) Obergerichtsordnung von 1803. §. 73.

last und verlangt von dem Beweisführer, daß er die Thatsachen bestimmt angebe, die er zu beweisen gedenkt; worauf der Richter einen Beweisführungstermin giebt [16]) oder 2) es werden beide Partheien aufgefodert, in einem peremtorischen Termine die bisher noch nicht benützten Mittel, wodurch die Wahrheit ihrer sich widersprechenden Behauptungen in Absicht auf die vom Richter als erheblich ausgezeichneten Umstände an den Tag gebracht werden kann, beizubringen; diese Auffoderung wird aber an beide Theile gleich gerichtet, ohne daß eine Parthei bezeichnet wird, als ob ihr der Beweis vorzugsweise obläge; sondern erst dann, wenn am Ende bei der Beurtheilung des ganzen Rechtsstreits der Beweis solcher Thatumstände, worüber nicht nur die Auffoderung an die Partheien ergangen ist, sondern welche auch das Gericht nun als die eigentlich entscheidenden erkennt, nicht genügend erscheint, wird eine Untersuchung darüber, welchem Theile der Beweis obgelegen hätte, angestellt [17]), oder 3) man gestattet höchstens die sogenannten beweisnachlassenden Erkenntnisse, d. h. man erlaubt die Auffoderung zum Beweise der Endentscheidung in Form einer resolutiven Bedingung beizufügen, wenn die Beweisverbindlichkeit klar ist, nach allen Umständen aber der Beweis selbst nicht wohl herzustellen seyn wird [18]).

4) Auch dadurch glaubt man geholfen, wenn wenigstens keine Appellation gegen das Interlocut zugelassen würde [19]). Der neueste baierische Ent-

---

16) Gesetzbuch für Bern. Satz 172 — 174.

17) Würtenbergisches Gesetz v. 31. Dez. 1818. Art. 102—4.

18) S. würtenbergisches Edikt, den Rechtsgang in Civilsachen bei den höheren Gerichten betr. v. 22. Sept. 1819. §. 9.

19) v. Gönner, Commentar über das baier. Gesetz v. 22. Juli 1819, S. 219.

wurf [20]) gestattet gar keine freiwillige Beweisantretung, läßt die Beweispunkte nur durch richterliches Dekret festsetzen, giebt dagegen keine selbstständige Appellation, daher auch der am Ende entscheidende Richter nicht an das Interlokut gebunden seyn kann, während die neue oldenburgische Prozeßordnung [21]) keine Beweisantizipation des Zeugenbeweises zuläßt, aber rechtskräftige Beweiserkenntnisse im Sinne des deutschen Prozesses anordnet.

Von den neueren Gesetzgebungen, die hier zu betrachten sind, kennt der französische Prozeß das System der Beweisinterlocute, wie der deutsche Prozeß. Auch das französische Tribunal erläßt nach den geschlossenen Verhandlungen, wenn streitige Punkte vorhanden sind, ein Interlocut (jugement interlocutoire)[22]) ohne daß das Gesetz genauere Regeln über die Regulirung der Beweislast angegeben hätte [23]); auch vermißt man im französischen Prozesse die Bestimmung einer ipso jure peremtorischen Beweisfrist, indem die Beweisfrist wie jede andere Frist betrachtet wird, daher auch immer neue Beweise gehäuft werden. Gegen das Interlocut hat übrigens Appellation mit Suspensivkraft Statt [24]). Dagegen kennt als Ueberbleibsel der alten französischen Jurisprudenz der Gerichtsgebrauch in Frankreich den Satz: l'interlocutorie ne lie pas le juge [25]) und selbst

---

20) Art. 393. 395.

21) von 1824. §. 15.

22) Art. 254. Code de proc.

23) Der Art. 254 sagt nur: le jugement contiendra les faits à prouver.

24) Art. 451. Code de proc.

25) S. Merlin, repertoire unter d. Worte: jugement §. 3. art. 3. — Duparc Poullain principes du droit t. IX.

der Cassationshof hat ihn gebilligt [26]); wenn daher das Tribunal den Beweis gewisser Thatsachen einer Parthei aufgetragen hat, und wenn dasselbe später findet, daß die Thatsachen nicht relevant seyen, so kann es gegen die Parthei das Urtheil fällen, welche den aufgetragenen Beweis vollständig geliefert hat, weil dem Richter, wie die französischen Juristen sagen, nicht die Freiheit geraubt werden darf, erst nach der geschlossenen Untersuchung am Ende nach seiner Ueberzeugung zu urtheilen, und er sich gleichsam dies Recht bei dem Interlocute vorbehält. Der dem französischen Codex nachgebildete Code de Genève [27]) spricht selbst bestimmt aus, daß die Richter durch die Beweisurtheile nicht gebunden seyn sollen.

Hört man die Gründe gegen die deutschen Interlocute [28]), so sind sie theils diejenigen, welche für die Begünstigung des antizipirten Beweises angegeben werden, theils die von der Verzögerung des Prozesses abgeleiteten. Besonders hat man in neuester Zeit [29]) geglaubt, daß die Richter selbst oft Bedenken trügen, auf Beweis zu erkennen, weil sie einsehen, daß sie den Partheien zu großen Nachtheil für die Endentscheidung zufügten, man besorgte, daß der Richter oft durch sein Interlocut in Verlegenheit gesetzt würde, wenn es zum Endurtheile käme, man

---

p. 494. — Carré, traité et questions de la proc. civ. tit. II. p. 35. S. noch Merlin répertoire vol. XVI. p. 516. Toullier droit civil vol. X. p. 178.

26) Arrêt vom 13. Janvier 1818 — Sirey, recueil 1818. p. 204.

27) Code de Genève. Art. 151.

28) Zum Bach vollständige Gegeneinanderstellung S. 270.

29) Motive zu dem würtenberg. Gesetze S. 38.

hielt die Entscheidung über Beweislast für zu schwierig; allgemeine Formeln nützten nichts, weil kein Theil wüßte, was er bestimmt zu beweisen hätte, und spezielle Beweisformeln wären zu schwierig, weil der Richter erst am Schlusse sehen könnte, worauf es eigentlich ankäme [30].

Zum Glücke ist die Sache mit unseren Interlocuten so schlimm nicht, als Manche uns glauben machen möchten. 1) Unfehlbar hängt die Nothwendigkeit der Interlocute mit dem Grundsysteme des Prozesses zusammen. Da, wo nach der Untersuchungsmaxime der Instruent mit den Partheien persönlich verhandelt, wo er bei jeder Thatsache sogleich um die Beweismittel fragen kann, wo er jeden Anspruch und jede Behauptung des einen Theils zergliedert und mit dem Gegner durchgeht, über jede Thatsache Erklärung verlangt, am Schlusse streng alles Eingestandene von dem noch Streitigen sondert, hier auf die Schwierigkeiten der Beweisführung, dort auf Unwahrscheinlichkeit des frivolen Läugnens aufmerksam macht, wird nach der gewissenhaften Regulirung des status causae die Zahl der noch zu beweisenden Thatsachen so klein, und das Gewicht derjenigen, auf deren Beweis noch etwas ankommen kann, so klar hervortretend seyn, daß ein förmliches Interlocut allerdings überflüssig seyn würde, um so mehr als die Beweisperiode im preußischen Prozesse nicht eine von der vorhergegangenen, scharf getrennte, sondern nur Fortsetzung der ununterbrochen von der

---

30) S. noch andere Gründe gegen die Rechtskraft der Interlocute s. in Graf v. Arco in d. Schrift: von der Ursache der außerordentlichen Zunahme der Berufungen (München 1822.) S. 56. Puchta über die bürgerliche Rechtspflege S. 87.

Klage angeführten Beweisverhandlungen ist. Hätte die Untersuchungsmaxime nicht so große Bedenklichkeiten gegen sich, artete sie nicht so leicht aus, hätte man nur auf ausgezeichnete Richter zu rechnen, ohne welche die Inquisitionsmaxime viel nachtheiliger als die Verhandlungsmaxime wirkt, so würde die Entfernung der Interlocute jedoch unter Voraussetzung der Einführung des preußischen Prozesses im Ganzen [31]) gewiß zu billigen seyn. Mit Unrecht aber erwartete man bei dem Daseyn eines schriftlichen, auf Verhandlungsmaxime gebauten, Verfahrens, jene Voraussetzungen, die dazu gehören, wenn die Abschaffung der Interlocute gut wirken soll. Sobald schriftlich verhandelt wird, rathen überwiegende Gründe, um Verwirrung zu vermeiden, die ersten Schriften nur auf die Herstellung des Thatbestandes zu beschränken, damit der Richter einmal erfahre, welche Ansprüche jede Parthei mache, auf welche Behauptungen sie dieselben stützt, welche Thatsachen jede zugiebt. Nur da, wo die persönliche Vernehmung nach umsichtiger Vorbereitung alles auflösen, bei jeder Dunkelheit sogleich auf der Stelle neue Fragen stellen kann, ist es möglich auch bei jeder Thatsache sogleich um die Beweise zu fragen, während bei der schriftlichen Antwort schon genug geschehen ist, wenn nur vollständig und klar der Anspruch beantwortet wird, ein so genaues Eingehen in das Detail aller Thatsachen nie zu erwarten ist, und eine Gesetzgebung, welche zuviel verlangt, darauf rechnen kann, daß nichts recht und vollkommen

31) Wie wenig das Umschmelzen und Modificiren tauge, hat trefflich in neuerer Zeit nachgewiesen Griesinger, über die Justizorganisation der neueren Zeit, über Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime. Tübingen, 1820.

geschieht. Soll nun unter Voraussetzung der gewechselten vier Schriften den Partheien überlassen werden, was sie beweisen wollen, so ist Streit und Verwirrung unvermeidlich. In einer Reihe von Prozessen hängt die Frage, ob etwas zu beweisen ist, nur von der Entscheidung der Rechtsfrage ab; der ganze Beweis ist überflüssig, wenn die Rechtsfrage auf eine gewisse Art entschieden wird, während er höchst wichtig bei der entgegengesetzten Entscheidung wird. Sollen nun die Partheien errathen, welche Entscheidung erfolgen werde, soll ein überflüssiger Beweis ihnen aufgebürdet werden, wo der Richter so leicht nachhelfen könnte?

In anderen Fällen beruht wirklich die Frage: wer zu beweisen habe, auf einer Controverse, bei der (wir dürfen es uns bei dem Zustande unsers gemeinen Rechts wohl gestehen) eben so viel Gründe für eine wie für die andere Meinung streiten. Wer mag hier von der Parthei fodern, daß sie errathe, welche Meinung das Gericht annehmen werde? Kann sie dagegen nicht fodern, daß das Gericht den Streit entscheide? In wievielen Fällen ist es aber auch in Collegien Gegenstand eines stundenlangen Streits, bis einmal bestimmt wird, welche Thatsachen zu beweisen seyen? Wie kann hier den Partheien zugemuthet werden, das, was das Gericht so schwer findet, selbst zu suchen, und auf gerathewohl einige Thatsachen zu beweisen? Eine Gesetzgebung, welche den Partheien die Bestimmung, was sie beweisen wollen, überläßt, kann, wenn die Partheien unrichtige, irrelevante oder nicht alle relevanten Thatsachen bewiesen haben, nur ein dreifaches System wählen; entweder muß das Gericht nach geschlossenen Beweisverhandlungen entscheiden, welche Thatsachen noch bewiesen werden sollten, weil nur sie relevant

sind, und muß daher ein neues Beweisverfahren eröffnen oder die Parthei darnach beurtheilen, was sie hätte beweisen sollen und nicht bewiesen hat, und daher die Parthei, welche nicht das Relevante bewiesen hat, abweisen, ohne neue Beweisführung zuzulassen, oder das Gericht muß nur darauf sehen, ob die Parthei dasjenige bewiesen hat, was sie sich zu beweisen vornahm: Der erste Weg führt zu Verzögerungen, weil die ganze bisherige Beweisführung der Parthei dann überflüssig war, und das Gericht jetzt vielleicht nach zwei Jahren das thun, nämlich auf den Beweis des wirklich Relevanten interloquiren muß, während es das nämliche eben so gut zwei Jahre früher hätte thun können; consequent muß aber dann auch dem oberen und obersten Gerichte erlauben, die Irrelevanz des Beweisinterlocuts zu rügen, und es wird daher nicht selten seyn, daß in einem Prozesse drei verschiedene Beweisinterlocute vorkommen [32]; der zweite Weg ist freilich der kürzeste, aber auch der ungerechteste, weil darnach die Parthei eine Strafe ihres Rechtsirrthums leiden müßte, indem sie etwas für einflußreich betrachtet hat, was das Gericht dafür nicht ansieht; der dritte Weg aber erzeugt die ungerechtesten und tollsten Urtheile, weil das Gericht oft Jemanden ein Recht absprechen muß, weil der Gegner eine Thatsache bewiesen hat, deren Beweis juristisch gar keinen Einfluß hat.

Ein umsichtig abgefaßtes vollständiges Interlocut beugt allen Inconvenienzen vor, und liefert eine Grundlage für die ganze Beweisführung.

2) Die Fällung eines Beweisinterlocuts entspricht selbst den gerechten Foderungen der Partheien

---

32) S. noch meine Bemerkungen im Archiv für Civilpraxis IX. S. 135 — 9.

an das Gericht; mit Recht verlangen die Bürger, wenn sie ihre Ansprüche dem Richter vortragen, daß er ihnen die Bedingungen nenne, unter welchen sie den Sieg erhalten können; die Pflicht des Richters ist es, die Thatsachen mit den Gesetzen zu vergleichen und zu bestimmen, welche Thatsachen zur Existenz des Rechts gehören, welches in Anspruch genommen wird; eben so gut als man dem Richter die Pflicht auflegt zu bestimmen, über welche Thatsachen noch eine Parthei, besser als es geschehen, Aufklärung zu geben habe, eben sowohl muß er auch bestimmen, welche Thatsachen zu beweisen seyen.

3) Auch von dem nicht zu läugnenden Satze ausgegangen, daß Controversen über Beweislast und Beweisthema vorkommen, daß eine Parthei über die Last mit der andern streitet, ergiebt sich die Pflicht des Richters, welcher jeden streitigen Punkt im Prozesse zu entscheiden hat, zu interloquiren.

4) Soll den Partheien die Wahl der Thatsachen, die sie beweisen wollen, überlassen werden, so ist nicht zu läugnen, daß viele irrelevante Beweisführungen entstehen; jede Parthei muß befürchten, daß eine Thatsache wichtig werden könne, sie muß lieber das Ueberflüssige beweisen, um nur am Ende nicht Gefahr zu laufen; dadurch entstehen nun Verzögerungen im Prozesse und unnöthige Kosten werden den Partheien aufgeladen.

5) Es entspricht auch diese Einrichtung gar nicht der Stellung des Richters; da er das Beweisverfahren zu leiten z. B. Zeugen zu vernehmen hat, so kann es nicht fehlen, daß er bald sich überzeugt, daß die ganze von der sich selbst überlassenen Parthei begonnenen Beweisführung überflüssig, oder ungenügend ist; läßt er doch die Fortsetzung zu, vernimmt er die überflüssigen Zeugen, so handelt er als eine

alberne Maschine, und trägt wissentlich zu einem ungerechten Urtheile bei; macht er aber die Parthei auf die Irrelevanz aufmerksam, und verweigert die Beweisaufnahme, so tadelt die Parthei es mit Recht, daß er es jetzt erst thue, und nicht lieber durch ein Interlocut vor Zeitverlust und Kostenaufwand sie bewahrt hat.

6) Diejenigen, welche Interlocute ohne Appellation zulassen, heben das Wesen des Interlocuts als eines wahren bedingten Endurtheils auf, und rauben sich selbst den Vortheil, welche die Gesetzgebung gewinnt, die den Partheien Appellation gegen Interlocute gestattet, dann aber Rechtskraft des Interlocuts annimmt, und darnach die Beweisführung beurtheilt.

7) Will man es bei einer Auffoderung, wie das würtenbergische Gesetz sie kennt, bewenden lassen, so begünstigt man theils unnöthige Beweisführungen, weil jede Parthei aufgefodert wird, und daher jede lieber zu viel als zu wenig thun muß, theils ist die Auszeichnung erheblicher Punkte selbst eine Art von Interlocut, aber nur ein halbes Mittel, dem die beste Kraft fehlt, theils entsteht Ungerechtigkeit, indem eine Parthei, wenn sie klar erkennt, daß unerhebliche Umstände als erheblich aufgelegt worden sind, kein Mittel hat, von den Nachtheilen dieser Auflage sich zu befreien, theils wird wenigstens Verzögerung im Prozesse herbeigeführt, indem am Schlusse, wenn das Oberamtsgericht sich von der Irrelevanz der Beweisauffoderung überzeugt, consequent ein neues Beweisverfahren einzuleiten ist, da die Parthei nicht gestraft werden kann, welche Thatsachen nicht bewies, die man ihr damals zu beweisen nicht auflegte.

8) Die angegebenen Gründe gegen die Interlocute lassen sich leicht beseitigen; denn wenn man

selbst zugiebt, daß die Beweisregulirung so schwierig ist, warum zieht sich der Richter aus der Schlinge, warum weigert er sich den Streit zu schlichten, warum läßt er die Partheien im Nebel herumtappen?

Wenn man glaubt, daß der Richter oft Bedenken tragen würde auf Beweis zu erkennen, weil er fürchtet, Nachtheil der Parthei zuzufügen, so begreift man nicht, welche Richter dem Gesetzgeber dabei vorschwebten, wie verächtlich ein Richter seyn müßte, der lieber, weil ihm das Urtheil zu schwer wird, das den Beweis reguliren sollte, den gordischen Knoten zerhauen, und durch ein Endurtheil der Parthei das Recht rauben wollte, wo er selbst einsieht, daß ihr das Recht gebührte, wenn sie beweisen könnte.

9) Auch ist die Regulirung des Beweisthema in einer zweckmäßigen Formel nicht so schwer, als man es glauben machen will, sobald man nur den Regeln einer richtigen Theorie [33]) folgen will, und dafür sorgt, daß der Prozeß in den vier ersten Schriften gehörig instruirt wird.

10) Selbst mit der behaupteten Verzögerung des Prozesses ist es nicht so schlimm, wenn man nur erwägt, daß durch das Interlocut dem erkennenden Richter das Endurtheil schon vorgearbeitet ist, und daß das Gesetz für die durch gestattete Appellation entstehende Zögerung lange wieder entschädigt wird durch die Nachtheile, welche entstehen, wenn keine Appellation zugelassen wird.

11) Was die Verlegenheit betrifft, in welche der Richter kommen soll, wenn er am Schlusse findet, daß die Entscheidung des Streites von anderen Thatsachen abhange, als worauf das Beweisinterlocut gieng, so verschwindet die Besorgniß, wenn

---

33) Archiv für Civilpraxis. I. Bd. Nro. XXIII.

man das richtige Verhältniß erwägt, welches aus der Zulässigkeit der Appellation gegen Interlocute sich ergiebt. Es hat sich zwar eine zweifache Ansicht unter den deutschen Juristen gebildet, von welchen Einige, im Falle das Interlocut unrichtige oder unvollständige Thatsachen aufgelegt hat, dem definitiv entscheidenden Richter das Recht geben, unbekümmert um das Interlocut, auch gegen denjenigen, der vollständig bewiesen hat, zu erkennen, oder andere Beweise aufzulegen [34]), während andere den Richter verpflichten, sich strenge an das Interlocut zu halten, und nur zu fragen, ob die aufgelegten Thatsachen vollständig bewiesen worden sind. Für die erste Ansicht läßt sich legislativ allerdings anführen, daß der Richter im Prozesse immer nur die Handlung der Partheien in so ferne leite, als es nöthig ist, damit er eine Grundlage für seine Endentscheidung erhalte, alles, was vor dem Definitivurtheile geschieht, erscheint nur als Vorbereitung, ohne daß deßwegen ausgesprochen wird, daß der Punkt, dessen Aufklärung dem Richter in seinem Vorbereitungsgeschäfte nothwendig scheint, auch das Definitivurtheil bestimme, oder ohne daß derjenige, welcher zur Beibringung des Beweises angewiesen wird, daraus ein Recht erhielte, Sieger zu seyn; das Interlocut erscheint darnach nicht als wahre Entscheidung, erst am Schlusse aller Verhandlungen wird das ganze Gewicht aller gesammelten Materialien geprüft, und über Einfluß und Werth einer Thatsache in Ansehung des Endurtheils entschieden, ohne daß frühere Vorbereitungsdecrete dem Richter die Hand binden könnten. Viel richtiger aber läßt sich die zweite Ansicht vertheidigen: Wenn nämlich

34) S. Archiv für Civilpraxis. Thl. I. S. 136.

die Partheien ihre Behauptungen und Gründe dem Richter vollständig in den ersten vier Schriften vorgelegt haben, so könnte der Richter schon ein Endurtheil fällen, in so ferne er die Thatsachen, worauf sich die Partheien beriefen, als wahr annehmen dürfte. Statt des wirklichen Endurtheils spricht nun der Richter das bedingte Urtheil aus [35]), und erklärt, daß er der Parthei, welche gewisse Thatsachen beweisen würde, von deren Daseyn juristisch das behauptete Recht abhängt, den Sieg zusprechen würde; wie einst der praetor dem judex die Instruction gab, und diese bedingt durch den Beweis der Parthei war, wie aber der judex, wenn der Beweis geliefert war, von der Instruction nicht abgehen konnte, so ist auch jetzt der Richter bei dem Endurtheil an sein in dem Interlocute gegebenes Versprechen gebunden. Wer gegen das Interlocut appellirt, appellirt auch gegen das Endurtheil, was darin versteckt lag, denn der Grund der Appellation liegt in der Behauptung, daß die aufgelegten Thatsachen nicht relevant seyen. Wenn nun das Interlocut in letzter Instanz doch bestätigt wird, oder wenn derjenige, welcher appelliren konnte, nicht appellirte, so muß die Entscheidung rechtskräftig und unumstößlich werden. Wollte der Richter am Ende von dem gelieferten Beweise abweichen, und von anderen Thatsachen das Urtheil abhängig machen, so hätte der Beweisführer gerechte Ursache sich zu beschweren, weil er dem Richter traute und ein Recht auf das Endurtheil erwarb, weil man sonst annehmen müßte, daß die Partheien die Fehler der Richter

35) Diese Ansicht ist auch gebilligt worden in Hagemann pract. Erörterungen VII. Band. S. 381. S. noch Götz im Archiv für Civilpraxis VI. Band. Nro. 7.

büßen müßten, und der Gegner des Beweisführers kann sich nicht beklagen, weil er nicht appellirte, und sich vielmehr dem Endurtheil schon unterwarf, da er das Eintreten desselben als Folge des Interlocuts erkennen mußte. Für diese Ansicht sprechen auch die Gründe der Nothwendigkeit, daß das Interlocut als wahres Urtheil in Rechtskraft übergehe, die Rücksicht, daß im Civilprozesse überhaupt soviel vom Verzichte abhängt, und es für die Gesetzgebung wegen Abkürzung des Prozesses höchst wünschenswerth seyn muß, für die Fortsetzung des Prozesses eine feste Basis durch die im stillschweigenden Consense der Partheien erzeugte Rechtskraft des Interlocuts zu gewinnen. Mag auch ein materiell ungerechtes Urtheil durch diese Ansicht zuweilen entstehen, so tröste sich die Gesetzgebung damit, daß nach der Beschaffenheit des Civilprozesses solche Urtheile unvermeidlich sind, daß aber die Schuld ihrer Entstehung in Fällen unrichtiger Interlocute im Willen der Partheien selbst liegt, welche appelliren konnten, und es nicht gethan haben.

Wir finden daher unter Voraussetzung des schriftlichen Prozesses, der auf Verhandlungsmaxime gebaut ist, und unter der Annahme, daß der Richter bei dem ersten Schriftenwechsel für Vollständigkeit und Klarheit sorge, die Nothwendigkeit der Beweisinterlocute, wogegen Appellation Statt finden muß, durch überwiegende legislative Gründe gerechtfertigt.

---

§. VIII.

Gebot oder Begünstigung des antizipirten Beweises.

Als eine der wichtigsten Verbesserungen des deutschen Prozesses ist der bereits bei Abfassung des jüngsten Reichsabschieds gemachte Vorschlag, mit der Klage oder Einredeschrift sogleich die Beweisesantretung zu gebieten oder zu begünstigen, wieder erneuert, und von mehreren Gesetzgebungen zum Gesetze erhoben worden z. B. von der österreichischen [1]), preußischen [2]) Gesetzgebung. Die würtenbergische Gesetzgebung über Rechtspflege in den unteren Instanzen [3]) macht nur dem Richter zur Pflicht, den Kläger vorläufig über die Mittel zu vernehmen, wodurch er die Wahrheit der Thatsachen zu beweisen gedenke; das Edikt über Rechtsgang bei den höheren Gerichten erklärt dagegen [4]), daß auch diese vorläufige Vernehmung als unvereinbar mit dem schriftlichen Verfahren bei den höheren Gerichten nicht Statt finden soll. Von neueren Gesetzgebungen spricht die von Lippe-Detmold [5]) aus, daß die Statt gefundene freiwillige Beweisantretung in der Regel nur zur Verwirrung und Verzögerung der Prozesse diene, und daher in der Folge nicht mehr Statt finden soll. Das bernische Gesetzbuch [6]) fodert die An-

---

1) Oesterreich. Gerichtsordnung Kap. II. §. 3.

2) Preuß. Gerichtso. Tit. V. §. 5.

3) Edikt v. 31. Dez. 1818. §. 85.

4) Edikt v. 22. Sept. 1819. §. 5.

5) Edikt v. 27. Februar 1816. §. 43.

6) Satzung 148. Schnell im Commentar hiezu S. 173 erklärt aber, daß die Benennung der Zeugen im Klagvortrag nicht nöthig sey.

führung der Beweismittel im Klagvortrage, das baierische Gesetz [7]) erlaubt die freiwillige Beweisantretung, und die neueste Gerichtsordnung, die bremische [8]), erlaubt zwar die Antretung, fordert aber, daß das Gericht durch Interlocut das Erforderliche in Hinsicht des Beweissatzes, der Beweismittel und der Beweisfrist bestimme. Die oldenburgische Prozeßordnung erklärt die frühere Beweisantretung [9]) (vor dem rechtskräftigen Beweiserkenntniß), wenigstens die durch Zeugen, für unzulässig; der baierische Entwurf [10]) verbietet jede freiwillige Beweisantretung; und ebenso fodert die nassauische Prozeßordnung [11]), daß die Zeugen erst abgehört werden sollen, wenn ein den Beweissatz bestimmendes Interlocut vorausging, so daß wenn die Partheien schon bei der Klage oder in der Exzeptionsschrift Zeugen genannt haben, diese doch nicht anders abzuhören seyen, als wenn die Partheien nach erfolgter Bestimmung des Beweissatzes die Zeugen wiederholt vorgeschlagen haben [12]).

Der französische Prozeß fodert die Mittheilung der Abschriften der Urkunden, auf welche sich der Kläger beruft, mit dem Exploit, welches die Klage mittheilt [13]), allein diese Mittheilung ist nicht wesentlich, so daß die nicht produzirten später ausgeschlossen würden, sondern der Kläger muß es sich nur selbst zuschreiben, wenn der Beklagte es unterläßt,

---

7) Gesetz v. 22. Julius 1819. §. 16.

8) Tit. IV. §. 166.

9) Von 1825. §. 15.

10) §. 393.

11) Von 1822. §. 27.

12) Generalreskript vom 26. Nov. 1822. §. 5.

13) Art. 65. Code de proc.

sich bestimmt über die nicht produzirten Urkunden erklärt, so wie auch für die später produzirten Urkunden dem Kläger nichts vergütet wird [14]). Ueber das Wesen des antizipirten Beweises und gegen das Gebot desselben hat sich bereits der Verfasser dieser Beiträge erklärt [15]); in neuester Zeit hat besonders v. Gönner die Zweckmäßigkeit eines solchen Gebots vertheidigt [16]); nach seiner Meinung ist es ein angebornes rechtliches Gefühl, welches Jeden antreibt vor Gericht zur Verfolgung seiner Ansprüche nicht unbewaffnet zu gehen, sondern ausgerüstet mit allen Beweismitteln zu erscheinen; nur da, wo es an klaren Beweisen fehlt, treibe den Kläger sein Gefühl zur Zurückhaltung. Allein, dürfen wir dagegen nicht gerade die Gewohnheit ungebildeter Menschen anführen, welche alles auf einmal vorbringen, Ansprüche und Beweise durcheinandermischen? Ist es nicht eine Foderung eines Jeden, welcher über verworrene Verhältnisse entscheiden soll, daß der Vortragende zuerst den statum causae klar vorlege, zeige, worauf es ankomme, und dann erst die Beweise für jene Behauptungen vorbringe, deren Beweis relevant seyn kann? Auch hier scheint man nicht scharf genug 1) den Zusammenhang der Bestimmung, welche die Antizipation des Beweises gebietet mit der Grundform des Verfahrens, und 2) die Verschiedenheit der Beweismittel getrennt zu haben. In Ansehung des ersten Punktes ist allerdings die Antizipation im mündlichen Verfahren, wo Partheien persönlich erscheinen und vom Richter befragt werden, sehr zweckmäßig, oder richtiger, sie macht sich von selbst, wenn

---

14) Hessische Civilprozeßgesetzgebung. Art. 7. Heft II. S. 23.
15) S. Archiv für Civilpraxis. I. Bd. Nro. VIII. u. Nro. XV.
16) v. Gönner, Commentar zu dem baier. Ges. S. 206.

auch das Gesetz sie nicht gebietet; der Richter, welcher die Klage zergliedert, jede Dunkelheit hebt, kömmt von selbst darauf bei Klagen, welche aus Rechts-Geschäften hervorgehen, den Kläger zu befragen, ob keine Urkunde aufgenommen worden sey, oder die Beibringung der Urkunde als ein Mittel der Deutlichkeit zu verlangen; die genaue Prüfung der Klage, die Veranlassung des Klägers vollständig zu erzählen, führt auf die Angabe der Beweise verwickelter Verhältnisse, und für den Richter, welcher, wie der preußische, die höchste materielle Wahrheit sucht, ist die frühzeitige Kenntniß der Beweismittel, selbst Bedürfniß. Ganz anders ist dies im schriftlichen Verfahren; das Gebot der Antizipation könnte hier nur nützen, wenn zugleich für die Nichtvorgebrachten Beweismittel Strafe der Ausschließung gedroht wäre; soll aber dies realisirt werden, so muß der Kläger mit einer Menge von Beweisen sich bewaffnen, weil er nicht wissen kann, ob nicht eine Thatsache vom Beklagten werde abgeläugnet werden; der Beklagte, welcher irgend eine Lücke in den Beweisen erkennt, wird zum Läugnen eingeladen, weil er das ganze System der Beweisführung des Klägers schon überschauen kann; der Kläger überladet seine Klagschrift mit einer Menge von Beweisen, von welchen sich in der Folge zeigt, daß sie überflüssig waren, weil der Beklagte die Thatsachen ohnehin zugestand. Vorzüglich aber fodert die Natur des schriftlichen Verfahrens die strengste Sonderung des Vorbringens; da der Richter hier das dem mündlichen vernehmenden Richter zu Gebote stehende Mittel, durch Fragen jede Dunkelheit zu heben, sich nach gehöriger Sichtung des Vorbringens nach seinem Plane und auf die Art, wie er die Uebersicht am leichtesten gewährt, alles Vorbringen zu Protokoll zu nehmen,

entbehrt, so liegt ihm daran, durch die höchste Einfachheit der Partheienschriften, durch ihre Beschränkung auf gewisse Punkte, durch Entfernung aller fremdartigen Einmischung die Uebersicht zu gewinnen, und hiezu trägt es offenbar bei, wenn die Verhandlung über die Streitfrage scharf von der über die Beweismittel getrennt wird, während vorauszusehen ist, daß durch Verbindung der beiderseitigen Verhandlungen in den nämlichen Schriften diese noch bunter und verworrener werden, als sie leider ohnehin häufig schon sind. Am meisten ist die Trennung der verschiedenen Beweismittel nothwendig, insbesondere die Production der Urkunden mit den ersten Schriften, von den übrigen Beweisen. Da, wo das Gesetz selbst einer Beweisquelle höhere Autorität giebt, wo der Beweis einer Behauptung ohne weitere Benützung einer noch verschlossenen Beweisesquelle offen vorliegt, entweder wegen des gesetzlichen Ansehens der Urkunde, oder wegen ihrer Anerkennung durch den Gegner, da wo der Richter, wenn sich der Kläger auf die Beweisquelle beruft, nur durch Anschauung sich zu überzeugen braucht, wo der Kläger den Beweis vorlegen kann, ist eine Berufung in den ersten Schriften oder Antizipation des Urkundenbeweises zweckmäßig; um so mehr als da, wo Urkunden über ein Geschäft errichtet sind, die Urkunde ohnehin unzertrennlich mit der Behauptung verknüpft ist, selbst zur Obligation gehört, und die Anführung aller Nebenumstände des Klagegrunds auch auf die Anführung der Urkunde führt. Ganz anderes Verhältniß tritt dagegen bei dem Zeugenbeweise ein; wer sich darauf beruft, kann dem Gerichte keine Beweisquelle vorlegen, die offen das zu beweisende enthält; der Beweisführer muß erst die Thatsache, die er beweisen will, zergliedern, und in viele That-

sachen künstlich auflösen, um über jede den rechten Zeugen vernehmen zu lassen, er weiß noch nicht mit Zuverlässigkeit ob der Zeuge auch für ihn aussagen werde, weil die Beweisesquelle noch verschlossen ist; auch gehören Zeugen nicht so wie Urkunden zu den Thatsachen, auf welchen die Klage beruht; man kann selbst Zeugen gar nicht vernehmen, wenn nicht zuvor das Factische und die Streitfrage klar und vollständig hergestellt ist; daher ist es auch sehr natürlich, daß derjenige, welcher durch Zeugen beweisen will, nicht sogleich mit seinem Beweise hervortritt, weil nicht die nämlichen Gründe, wie bei dem Urkundenbeweise, obwalten. Eben so wenig ist es zweckmäßig [17]) die Eidesdelation mit der Klageschrift zu gebieten, theils weil der Eid immer ein subsidiarisches Mittel ist, das nur beim Mangel anderer Beweise gewählt wird, theils weil noch gar keine Eidesformel anzugeben ist, so lange die Streitfrage noch nicht klar festgestellt ist, theils weil frühzeitige Eideszuschiebung leicht den Beklagten zu allerlei Chicanen und listigen Verdrehungen einladet. Mag man daher die Antizipation des Beweises begünstigen, so kann dieß doch nur 1) bei einem mündlichen, auf Untersuchungsmaxime oder wenigstens persönliche Vernehmung gebauten Verfahren geboten werden; 2) bei dem schriftlichen Verfahren höchstens nur auf den Urkundenbeweis beschränkt werden; 3) richtiger nur in einer Gestattung des freiwilligen Beweises bestehen; 4) am zweckmäßigsten erst nach der vom Beklagten abgegebenen Antwort auf die Klage gefodert werden; 5) wobei besonders da=

17) Das sächsische Recht gebietet jedoch, daß der Kläger schon in der Klageschrift den Eid zuschiebe, wenn er sich des Eides bedienen will. Kori sächs. Prozeß. §. 88.

für zu sorgen ist, daß nicht aus zweideutigen Handlungen eine solche Antizipation gefolgert werde [18].

Wenn auch antizipirter Beweis zugelassen wird, so ist noch sein Verhältniß ein interessanter Gegenstand legislativer und doctrineller Berathung. — V. Gönner [19]) tadelt die Ansicht, nach welcher die Antizipation nur als ein Versuch der Beweisführung betrachtet werde, durch welchen den Partheien nicht so präjudizirt werden könnte, als wenn sie als Folge eines Beweisinterlocuts den Beweis angetreten hätten; v. Gönner betrachtet vielmehr die Antizipation als wirkliche Beweisantretung, wie auch das neue baierische Gesetz [20]) darüber die Regel aufstellt: sie hat die rechtlichen Folgen eines durch Urtheil auferlegten Beweises. Der Antizipant will, wie v. Gönner behauptet, schneller zum Ende des Prozesses kommen, er will die weiteren Verhandlungen abkürzen, und das Beweisinterlocut durch seine freiwillige Antretung entbehrlich machen. Versuchsweise darf er in die Räder des Prozesses nicht eingreifen, sagt v. Gönner, um dessen Lauf nach Belieben einsweilen zu hemmen, und ihn später etwa von Neuem zu beginnen; voreilen mag er auf seine Gefahr, aber dann muß er sich in die schlimmste Lage stellen, in welche er durch den Prozeß kommen konnte, wenn er ihn seinem ordentlichen Laufe überlassen hätte; daraus leitet v. Gönner die Folgerungen ab, daß den Antizipanten die Beweislast treffe, wenn sie ihm auch rechtlich nicht obgelegen hätte; wird bei dem Endurtheil der ganze antizipirte Beweis unerheblich gefunden, so ist ohne weiters

18) Baier. Gesetz. vom 22. Juli 1819. §. 16.

19) In dem Commentar S. 227.

20) §. 17.

gegen den Antizipanten zu erkennen. Der Verfasser dieser Beiträge ist zu ganz entgegengesetzten Behauptungen durch die wissenschaftliche Begründung der Ansicht gekommen [21]), welche nun v. Gönner tadelt. Es sey erlaubt, diese neue Ansicht näher zu betrachten, bei welcher 1) sogleich der Zweifel sich ergiebt, ob sie völlig consequent sey; v. Gönner spricht bei der Antizipation immer von einer Abweichung von dem ordentlichen Laufe, er will den Antizipanten in Nachtheil setzen, weil er willkührlich den ordentlichen Lauf des Prozesses veränderte; wie verträgt sich aber dies mit der Vorschrift, daß interloquirter und antizipirter Beweis pari passu laufen, daß es jedem Theile frei stehe, welchen Weg er einschlagen wolle, wie verträgt es sich mit der Begünstigung des antizipirten Beweises, welche der Gesetzgebung so sehr empfohlen wird? [22])

2) Giebt man aber auch zu, daß das Interlocut die Regel bildet, so sind ja Prozeßvorschriften nicht absolute Regeln, sondern sie müssen in ihrer Anwendung nach dem Zwecke, die Wahrheit auf dem sichersten Wege zu erforschen, beurtheilt werden. Wenn nun die Antizipation der Erforschung der Wahrheit in einem Falle schadet, wenn der Richter darin eine auch nur möglicherweise nachtheilige Abweichung von dem gerechten Prozeßgange erkennt, so ist es ja seine Pflicht als Prozeßdirektor, Alles wieder in das wahre Geleise zu bringen, und dies geschähe ja am besten durch Fällung eines Interlocuts, theils um peremtorische Beweisfrist zu gewinnen, theils um das richtige Beweisthema festzusetzen. Wie aber verträgt es sich mit der Pflicht

---

21) S. Archiv für Civilpraxis I. Band. Nro. VIII.

22) v. Gönner, Commentar S. 205.

des Richters, gleichgültig zuzusehen, wenn der Antizipant den irrelevantesten, überflüssigsten Beweis zu führen unternimmt; wie verträgt es sich mit der richterlichen Würde, zur Aufnahme eines solchen Beweises sogar noch thätig mitzuwirken? [23])

3) Wenn es, wie v. Gönner sagt, ein natürliches Gefühl ist, mit Beweisen zu Gericht zu kommen, so kann in der Aeusserung dieses Gefühls, also in der Antizipation des Beweises, auch nicht mehr als ein Versuch liegen, dem Richter alles zu erweisen; ob der Versuch aber hinreiche, muß der Richter bestimmen. Wenn sogleich nach der eingereichten Klage der Richter befragt würde, ob der angetretene Beweis hinreiche, so könnte er auch bei dem besten Willen darüber mit Zuverlässigkeit nichts entscheiden, weil er den Stand der Sache noch nicht kennt; wie kann man nun von der Parthei verlangen, daß sie es wisse, ob ihr Beweis hinreiche, wie mag man sie, die bei der Einleitung des Prozesses eventuell zum künftigen Gebrauchbeweise produzirt, so behandeln, wie denjenigen, der nach völlig geschlossenen Acten und nach hergestellten status causae Beweise nach dem richterlichen Interlocute bringt?

4) Jede Handlung muß nach der Absicht der Handelnden ausgelegt werden; es ist aber nie die Absicht des Antizipanten durch die Antizipation einen Zustand herbeizuführen, wie er nach geschlossenem Schriftenwechsel eintritt; es kann sogar diese Absicht nicht da seyn, da der Antizipant noch gar nicht weiß, wie sich sein Gegner benehmen werde, und da jede Beweisführung im Civilprocesse nur auf streitige Thatsachen geht, das Urtheil aber darüber, was noch streitig ist, erst dann möglich ist, wenn

23) Commentar. S. 206.

die Schriften gewechselt sind, welche zur Regulirung der Streitfrage bestimmt waren.

5) Giebt man diese Ansicht v. Gönners zu, so müßte man auch zugeben, daß der Antizipant immer die Beweislast übernehmen sollte; thut man aber dies, so verletzt man eben so sehr die Rechte der Parthei, muß sich nicht selten mit dem Beweise reiner Negationen begnügen, weil der Antizipant nur den Gegenbeweis antizipiren wollte, und kömmt am Ende, wenn definitiv geurtheilt werden soll, in die größte Verlegenheit, da man häufig nur einen geführten Gegenbeweis vor sich hat, und nur mit Umstoßung aller Grundsätze des Beweises, den Beweisführer abweisen könnte [24]. Nicht weniger Verwirrungen entstehen, wenn ein unrichtiges, unvollständiges Beweisthema antizipirt worden ist [25].

6) Das Recht, neue Beweise im Prozesse vorzubringen, ist ein unbestrittenes Recht der Partheien, und nur durch einen Rechtsgrund kann ihr dies geraubt oder beschränkt werden; aus weisen Gründen setzt nun das Interlocut eine solche Beschränkung; hier aber kann die säumige Parthei sich nicht beklagen, weil gehörige Drohung der Ausschließung und hinreichender Termin zur Vorbereitung der Beweisführung vorausgieng; bei der Antizipation dagegen ist dies alles nicht vorhanden, es ist kein Rechtsgrund da, welcher das Recht, neue Beweise zu produziren, beschränkt.

7) Selbst dem anderen unschuldigen Theile würde dadurch der Antizipant Nachtheil zufügen, wenn die Ansicht gegründet wäre, weil dann auch der Gegner des Antizipanten seinen Gegenbeweis vorbringen

---

24) S. Archiv für Civilpraxis I. Bd. S. 131—134.

25) S. Folgen im Archive, l. c. S. 135—7.

müßte, dadurch übereilt und selbst genöthigt würde, eine eben so nutzlose Gegenbeweisführung anzutreten, wenn der Antizipant ein unrichtiges Thema wählte [26].

Am einfachsten macht sich unfehlbar das Verhältniß, wenn in allen Fällen des antizipirten Beweises der Richter wie sonst das Interlokut fällt, und dadurch die Beweisführung in ihr wahres Geleise bringt.

---

§. IX.

Urtheilsfällung und Urtheilsredaction.

Auch die in den deutschen Gerichten übliche Art der Urtheilsfällung ist nicht selten ein Gegenstand lauten Tadels geworden. Wenn nach allen Bemühungen des Klägers der Prozeß endlich bis zur Duplick fortgeschoben ist, oder wenn die Disputationsschriften eingereicht sind, so verschwindet der Prozeß vor den Augen der Partheien, sie hören nur per decretum, daß der Prozeß geschlossen worden, und daß nächstens ein Urtheil erfolgen werde; drei- und viermalige Ermahnungen und Gesuche um Beschleunigung des Urtheils führen nicht zum Ziele, und erst nach Wochen oder Monaten wird endlich ein auf Schrauben gestelltes, künstlich mit allen klug ausgesonnenen Urtheilsformeln (zu deren Verstehen man eigener Bücher bedarf) Entscheidungsgründe und das decisive unter einander verwebtes, sogenanntes Er-

---

26) S. auch gegen die Meinung v. Gönners Will Abh. vom antizipirten und besseren Beweis (Landshut, 1821) S. 22.

kenntniß publizirt; was in der Zwischenzeit vorgegangen, auf welchen geheimnißvollen Wegen dies Urtheil entstanden ist, mag die Partheien doch besorgt machen; sie erfahren nur, daß ein Vortrag gehalten worden, daß ein Gerichtsmitglied die Acten gelesen und daraus den Uebrigen vorgetragen hat, was er für dienlich erachtet hat, und daß die Uebrigen ihre Stimmen abgegeben oder sie wenigstens dem circulirenden schriftlichen Vortrage beigeschrieben haben. Die Besorgnisse der Partheien, wie dies alles vorgegangen ist, werden aber, wenn es erlaubt ist den Vorhang zu heben, nicht beseitigt, wenn Männer, die aus Erfahrung das mystische Collegialtreiben kennen gelernt haben, nicht eben mit Begeisterung von den Geheimnissen desselben sprechen, wenn z. B. v. Feuerbach [1]) sagt: «ist einmal in einem Gerichte die heilige Flamme des Gefühls für Recht und Ordnung erloschen, wie leicht ist es dann möglich, daß, während das erste, zweite und dritte Gerichtsmitglied sich mit anderen Dingen beschäftigen, dem vierten der Schlummer nach einer froh durchwachten Nacht auf die Augen drückt, und das fünfte die Scheiben der Fenster zählt, oder seinem Nachbar eine Tagesneuigkeit in die Ohren flüstert, der Berichterstatter mit Windeseile den tauben Wänden einen flüchtigen Vortrag hinplaudert, dessen Schlußantrag, nachdem fünf Köpfe genickt, oder nach der Reihe einverstanden gerufen haben, nunmehr ein collegialisch gefaßtes Erkenntniß heißt.» Erfahren die Partheien noch, was die böse Welt doch ausplaudert, daß von oben herab durch die Qualificationstabellen und die Nummern getrieben, die angestrengten Gerichtsmitglieder kaum Zeit haben, zu

---

1) Betrachtungen über die Oeffentlichkeit S. 115.

Hause alle Relationen zu arbeiten, daß sie nicht selten, während ein College referirt, ihr zugetheilten Acten bearbeiten, wenigstens durchlesen und extrahiren, daß wenn die Mittagsstunde naht, die Votanten gerne dem Referenten trauend, seinem Schlußantrage beistimmen, weil sie gleiche Gefälligkeit (da man nicht gerne sich abstimmen läßt und das Urtheil wieder umarbeitet) vielleicht am nächsten Tage für sich fodern, so kann unmöglich Vertrauen auf die Rechtspflege begründet seyn. Ein glänzendes Bild [2]) bietet dagegen die französische Einrichtung dar, und gewiß wird Niemand, der in französischen Gegenden gelebt (Paris selbst darf nicht als Beispiel angeführt werden) und unpartheiisch beobachtet hat, das Zeugniß versagen können, daß er mit Achtung der Rechtspflege, mit Vertrauen auf sie, das Gerichtszimmer verlassen hat, wenn eben ein Prozeß durch Urtheil entschieden worden ist. Wir könnten uns auf die Zeugnisse so vieler Männer, die mit Vorurtheilen gegen französische Rechtspflege das erstemal in die Sitzung kamen, und mit Erstaunen und Achtung sie verlassen haben, berufen. Schon der Umstand, daß in der Regel in der nämlichen Sitzung, in welcher die Verhandlungen geschlossen worden sind, oft nach kurzer Umfrage, oft nach einer kurzen Berathung im Berathungszimmer der Präsident das Urtheil deutlich, verständlich, ohne alle künstliche Formeln, im Namen des Gerichts ausspricht [3]),

---

2) Gegen diese Ansichten erklärt sich Zum Bach vollständige Gegeneinanderstellung S. 293 — 300. — Alles kömmt darauf an, ob man bei Instituten, deren Wirksamkeit durch ausgezeichnete Menschen bedingt ist, denen die Ausführung anvertraut ist, auf treffliche oder mittelmäßige Personen rechnen soll.

3) Code de proc. art. 116.

wirkt auf eine Weise, von welcher mancher deutsche Gelehrte sich keine Vorstellung machen kann, auf die Partheien, und erweckt ein lebendiges Interesse an der Rechtspflege. Das Gesetz übereilt aber die Richter nicht; sie können in wichtigen Fällen auch erklären; a) daß das Urtheil in der nächsten Sitzung ausgesprochen werden soll [4]), wo dann in der Zwischenzeit gehöriges Studium und Berathung eintreten kann; oder b) sie können noch ein deliberé anordnen, wo dann die bisher gesammelten (Manualacten der Partheien) bei Gericht niedergelegt werden, und worauf ein hiezu ernannter Richter Vortrag erstattet [5]); oder c) die Richter können, wenn sie Aufklärung über einzelne Punkte zu erhalten wünschen, die persönliche Erscheinung der Partheien verordnen [6]); oder d) in wichtigen Fällen die Einleitung eines schriftlichen Verfahrens verfügen [7]).

Auch in den Fällen, in welchen ein Berichterstatter ernannt wird, geschieht der Vortrag nicht im geheimen Berathungszimmer, sondern in öffentlicher Audienz, in Gegenwart der Partheien [8]), so daß selbst aus der Unterlassung der Vorschrift Nichtigkeit folgte [9]). Die Partheien haben auch das Recht, dem Präsidenten auf der Stelle Noten zu übergeben, wenn sie glauben, daß der Vortrag unvollständig oder nicht genau war. Mit Unrecht würde man in dem Vortrage des französischen Richters völlig eine deutsche Relation wieder finden; der erste ent-

---

4) Art. 116.

5) Art. 111.

6) Art. 119. s. den ersten Beitrag dieser Schrift S. 126.

7) Art. 95. s. ersten Beitrag S. 108.

8) Art. 111.

9) S. Carré, traité et questions t. I. p. 186.

hält nur eine gedrängte, auf Klarheit und Vollständigkeit berechnete, Darstellung aller faktischen Verhältnisse, und aller, von den Partheien zu Vergründung ihrer Ansprüche vorgebrachten Gründe, (moyens) er soll nicht das Selbstsehen und Hören der Richter, welche weder bei den Verhandlungen gegenwärtig waren, noch Acten gelesen haben, vertreten; er ruft nur den Richtern, welche ohnehin ununterbrochen bei allen Verhandlungen gegenwärtig waren, das ihnen Bekannte ins Gedächtniß, trägt das vielleicht zerstreut Vorgekommene in zweckmäßiger Ordnung vor; auch schmeichelt der französische Referent nicht der Bequemlichkeitsliebe der Richter, und verführt sie etwa dazu, durch ein gefälliges, ja von der schweren Pflicht des umsichtigen Votirens sich zu befreien, er greift den Richtern nicht vor, indem der Referent seine eigene Meinung nicht selbst zuvor angiebt.

Damit steht auch im französischen Prozesse das Institut der qualités, in Verbindung [10]. Die Veranlassung hiezu gab für die Redactoren des geltenden Code die Bestimmung der Ordonnance von 1667 [11], bald artete die Vorschrift in Mißbräuche aus, welche selbst durch mehrere Parlamentsarrets gerügt wurden, indem die Advokaten das verfertigten, was nach der Ordonnance der Referent

10) Code de procédure art. 142. — Pigeau, procédure civile t. I. p. 523. — Berriat St. Prix, cours p. 231. — Carré, traité et questions I. tom. p. 226.

11) Ordon. tit. XI. art. 15. trois jours après que le procès aura été jugé le rapporter mettra au greffe le dictum de la sentence et le procès entier, sans qu'il puisse après le jugement en donner communication aux parties n'y à leur procureur à peine de tout depens domages.

hätte thun sollen; allein der geltende Code nahm die Sitte, und zwar völlig in Consequenz mit dem ganzen Systeme des französischen Prozesses auf. Während die deutschen Richter auf Acten, die sie vor sich liegen haben, leicht auf die Grundlage der Relation alle factischen und Rechtspunkte, und alle Entscheidungsgründe angeben können, hat das französische Gericht keine solche Acten; es müßten daher bei der Bearbeitung des Urtheils diese Punkte aus dem Gedächtnisse der Richter ergänzt werden; und zwar blieben für die Redaction des Urtheils nur zwei mögliche Wege; entweder man müßte fodern, daß das Gericht vor dem Ausspruche des Urtheils in der Sitzung durch den Präsidenten sogleich nach der Berathung das mit allen factischen und Rechtspunkten abgefaßte Urtheil bearbeitete; dadurch würde aber bedeutende Zögerung entstehen; die Abfassung von einem Referenten allein widerspräche selbst dem Geiste des französischen Prozesses, und die Bearbeitung durch das versammelte Gericht im Berathungszimmer würde bei dem Mangel der Acten eben so schwierig als zeitraubend seyn; oder man müßte nach der Urtheilsfällung dem Gerichte selbst die Redaction auftragen, was aber der französischen Ansicht von dem Richteramte widersprechen würde, indem mit dem Ausspruche des Urtheils das Geschäft des Gerichts geschlossen ist, auch das Urtheil nur in dem dispositiven Theile desselben besteht, und dieß schon in der Audienz ausgesprochen worden ist. Man sieht daher das förmliche Urtheil, welches die Namen der Richter, des Staatsprocurators, der Anwälde, die Namen, Gewerbe und Wohnorte der Partheien, ihre Conclusionen, die summarische Angabe aller factischen und aller Rechtspunkte, die Motive und das Dispositive des Urtheils enthält,

als einen von den Partheien für sich freiwillig begehrten Act an, über deren Abfassung sie sich am besten vereinigen könnten. Wer ein solches förmlich redigirtes Urtheil verlangt, signifizirt den Entwurf dazu dem Anwalde des Gegners, (il signifié les qualités) das Original der Insinuation des Entwurfs bleibt vier und zwanzig Stunden in den Händen des Audienzhuissiers, der Anwald des Gegners muß binnen vier und zwanzig Stunden seine Einsprüche gegen den Entwurf abgeben, der Huissier signifizirt die Erklärung dem anderen Anwalde. Wird nichts erinnert, so expedirt nach dem Entwurfe der Qualitäten der Gerichtsschreiber das Urtheil; wird Opposition gemacht, so ladet der Anwald, welcher den Entwurf gemacht hat, den Anwald des Gegners vor den Präsidenten, welcher der Urtheilsfällung präsidirte, damit dort der Anwalt die Gründe des Einspruchs angebe, und der Präsident sogleich darüber entscheide. Neuere Gesetzgebungs-Entwürfe, welche das französische Verfahren zum Grunde legten, z. B. der von Engelhard [12]), und der hessische Entwurf [13]), verlangen die Entwerfung der Qualitäten nicht in allen Fällen, der Präsident spricht darnach das Urtheil mit Gründen aus, der Gerichtsschreiber expedirt das Urtheil darnach, und nur wenn die Partheien Thatbestand und Prozeßgeschichte aufgenommen haben wollen, werden nach dem Vorbilde des französischen Verfahrens Qualitäten significirt. Nach dem hessischen Entwurfe kann die Parthei in den Fällen, in welchen ein Referent aufgestellt war, verlangen, daß die Relation nebst den schriftlichen Bemerkungen der Partheien dem

---

12) Satz 86 und in den Motiven S. 140.

13) Motive S. 87—91.

Urtheile einverleibt werden; nur wo kein Referent bestellt ist, liefern die Anwälde die Sachdarstellung. Schwerlich verdient dies Institut der qualités eine Nachahmung; schon mehrere französische Appellationshöfe hatten gegen das Projekt sich erklärt, allein vergeblich; die Erfahrung aber hat noch zuverlässiger gezeigt, daß das Institut ebenso überflüssig, schädlich, als unausführbar und kostspielig ist [14]. Daher auch der Code de Genève [15]), in welchem die wohl gegründeten Ideen des französischen Prozesses so weise beibehalten und geläutert sind, ohne daß man die Mißbräuche annahm, die qualités nicht weiter beibehielt, sondern dem Gerichte die Urtheilsredaktion aufträgt. Insbesondere kann nicht geläugnet werden, daß durch das Institut der qualités Zeit verloren geht, bis die wechselseitigen Zustellungen geschehen sind, daß häufig neue Streitigkeiten veranlaßt werden, und nicht selten blos über einen Ausdruck im Entwurfe Opposition eingelegt [16]), und Entscheidung des Präsidenten nothwendig wird,

---

14) Bellot in den exposé des motifs de la loi de procédure p. 79 sagt: les dispositions du Code sont *inutile*, si l'avoué rédacteur se borne à consigner dans les qualités ce que les pièces et les écritures contiennent déjà, *dangereuses*, s'il va plus loin; si pas erreur ou à dessein il y insere une exposition infidèle, à l'aquelle l'inattention le silence de l'avoué adverse, après un simple delai de 24 heures vont imprimer le caractère d'un contrat judiciaire; inexecutables si quelque intervalle s'étant écoulé dès la prononciation du jugement les avoués, les juges, qui l'ont obtenu, ou rendu, ont cessé d'exercer leurs fonctions.

15) Code de Genève art. 101 — 108.

16) v. Drais, Geschichte der bad. Gerichtshöfe S. 189.

daß auch dadurch neue Kosten verursacht werden, die um so entbehrlicher sind, als hier die Partheien zu einem Geschäfte concurriren, welches immer und schon nach der Ordonnance von 1667 in Frankreich selbst dem Richteramte zukam. Es kömmt bei der ganzen Einrichtung nur darauf an, eine gehörige Grundlage für die Urtheilsredaction zu gewinnen. Erwägt man aber, daß die Qualitäten der Partheien ohnehin aus den Vorladungsacten dem Gerichte bekannt sind, daß den Richtern alle factischen Punkte, und die Rechtspunkte ohnehin bekannt seyn mußten, weil sie sonst darüber nicht hätten entscheiden können, daß die Anwälde ohnehin drei Tage vor der Sitzung ihre Conclusionen bei der Gerichtsschreiberei niederlegen müssen, so kann die sehr zweckmäßige Sitte, nach welcher der Präsident das Urtheil, sogleich nach der Berathung, mündlich in der Audienz aussprechen soll, sehr gut beibehalten, und für die Redaction des Urtheils die Einrichtung getroffen werden, daß sogleich nach der Sitzung der Referent oder ein anderer Richter das Urtheil redigire, beiden Partheien in kurzen Terminen das Concept zur Erklärung mittheile, worauf mit Benützung der einzureichenden Erklärungen, jedoch ohne Gestattung eines weiteren Schriftenwechsels, das Urtheil ausgefertigt werden könnte.

Am wenigsten wäre eine Veranlassung in den deutschen schriftlichen Prozeß die Qualitäteneinrichtung einzuschieben; hier, wo die Acten eine Grundlage geben, wo das Gericht alle factischen Punkte vollständig überschaut, und im Zweifelsfalle aus den vorliegenden Acten sich belehren kann, wo der Gang der Berathung die Gründe, worauf es ankömmt, vollständig hervortreten läßt, macht sich die Fällung des Urtheils leicht und einfach, und die Expedition

desselben ist nur von selbst hervorgehende Folge der ganzen Geschäftsbehandlung. Es ist eine unrichtige Vorstellung, wenn man die Entscheidungsgründe nicht zu den wesentlichen Bestandtheilen der Urtheilsfällung rechnet, wenn man, wie es noch deutsche Staaten giebt, bei den Untergerichten gar keine Entscheidungsgründe angeben läßt. In den Gründen des Urtheils liegt bei dem nicht öffentlichen Verfahren noch der einzige (obgleich schwache) Ersatz für die Publizität, und eine Grundlage des Vertrauens, so wie selbst in ihnen ein wichtiges Mittel liegt, vielen frivolen Appellationen vorzubeugen, wenn die Partheien selbst in den Stand gesetzt werden, durch die Klarheit allgemeine Verständlichkeit der Entscheidungsgründe sich von der Folgerichtigkeit des Urtheils und der Gewissenhaftigkeit des Tribunals zu überzeugen. Noch verdient die Einrichtung eines deutschen Staates, nämlich Badens, dessen Gerichtshöfe keine Entscheidungsgründe ihren Urtheilen beifügen, genauer beachtet zu werden. Nach der badischen Obergerichtsordnung [17]) sollen nach eröffneten Bescheiden die Relationen der Räthe den Partheien zur Einsicht vorgelegt, auch Copie der Acten (niemals aber Copie der Relationen) verabfolgt werden. Es läßt sich nicht läugnen, daß durch diese Anordnung den Partheien die Möglichkeit sowohl die Relationen, als auch die einzelnen Abstimmungen zu erfahren, und daher bei der Einwendung und Ausführung der Rechtsmittel die verschiedenen zur Sprache gebrachten Gesichtspunkte prüfen zu können, noch besser gewährt wird, als wenn Entscheidungsgründe gegeben werden; und in so ferne scheint in der An-

17) Von 1803. §. 136.

ordnung das beste Surrogat der Publizität zu liegen; allein die Maaßregel ist doch nur eine halbe und ungenügende. Wenn die Partheien entfernt vom Sitze des Obergerichts wohnen, so ist ohnehin durch die Gestattung der Einsicht der Acten für sie nichts gewonnen; es müßte daher der Anwald beauftragt werden, Einsicht zu nehmen; da er jedoch nach dem Buchstaben der Verordnung nicht Abschrift der Relation nehmen darf, so hängt es von der Treue des Gedächtnisses des inspicirenden Advokaten ab, wieviel er von der Relation im Gedächtnisse behalten kann. Auch kann man einem guten viel beschäftigten Anwalde nicht zumuthen, daß er Stunden und Tage lang zur Einsicht der oft weitläufigen Relationen verwende; nach dem Buchstaben des Gesetzes darf er aber keine andere Person, z. B. seinen Amanuensis, zur Einsicht der Acten senden. In dem Nachtrag zur Obergerichtsordnung von 1807 ist noch verordnet, daß die Anwälde sich nicht erlauben dürfen, die unangenehmen Aeußerungen oder etwa zu lebhafte Schreibart des Referenten zum Grunde einer Beschwerde zu machen.

Es war unter diesen Umständen schon viel gewonnen, als am 21. März 1826 auf die Proposition des Oberhofgerichts den Obergerichten von dem Justizministerio eröffnet wurde, daß man gegen die Abschriftsnahme von Vorträgen nichts zu erinnern finde, wenn nur kein Mißbrauch gegen die Vorschrift des Nachtrags zum §. 136 verschuldet würde. Aber auch in dieser liberalen Ausdehnung der Verordnung liegt noch nicht der Vortheil für die Partheien, welchen die Entscheidungsgründe gewähren. Das größere Publikum, welchem doch die Entscheidungsgründe zugänglich werden, gewinnt ohnehin nichts; die entfernten Partheien müssen sich erst die oft dik-

leibigen Auszüge aus den Relationen senden lassen; durch die Nothwendigkeit, oft lange dauernde Extraite zu machen, wird Zeit verloren, und neue Kosten wegen der Abschriften entstehen. Auch ist zu glauben, daß häufig die Partheien aus einfachen und zweckmäßig gearbeiteten Entscheidungsgründen viel deutlicher und sicherer die Gründe des Urtheils kennen lernen, als aus einer oft künstlich geschraubten Relation. Das badische Institut würde daher dann erst seinen Zweck ganz erreichen, wenn auch Entscheidungsgründe bei den Urtheilen mitgetheilt würden.

Werden aber, wie sich erwarten läßt, die gerechten Wünsche um Oeffentlichkeit und Mündlichkeit zweckmäßig erfüllt, so ist allerdings an der deutschen Urtheilsfällung viel zu verbessern und manche Einrichtungen des französischen Prozesses in dieser Hinsicht deuten uns den Weg an, welcher zu wandeln ist.

1) Wenn man die Nothwendigkeit schriftlicher Grundlage des Civilprozesses zugiebt, so muß nur der bisherige Nachtheil zu vermeiden gesucht werden, nach welchem das Schicksal der einmal geschlossenen Acten blos von der Willkühr des Gerichts abhängt, und unnöthige Dekrete die besorgten Partheien vertrösten, daß nächstens ein Urtheil werde gefällt werden. Es muß Grundsatz seyn, daß bei der Mittheilung der letzten Schrift, wodurch das schriftliche Verfahren geschlossen wird, auch der Tag für die Urtheilsfällung angesetzt werde. Sage man ja nicht, daß wegen der Masse der Geschäfte dies nicht auszuführen sey; wenn Collegialordnung in einem Gerichte herrscht, wenn Berufstreue die Mitglieder beseelt, wenn ernster Wille da ist, und das Gericht von vielen fremdartigen zufällig entstehenden, voraus nie

zu berechnenden, Geschäften befreit wird, ist die Ausführung leicht.

2) An dem zur Entscheidung bestimmten Tage müßten die Partheien oder ihre Anwälde zu erscheinen berechtigt, oder selbst verpflichtet seyn; der Vortrag des Referenten würde in Gegenwart der Partheien geschehen, so daß diese nach geschlossenem Vortrage das Recht, Bemerkungen zu machen, die Richter aber die Befugniß hätten, an die Partheien Fragen über einzelne dunkel gebliebene Punkte zu stellen.

3) Die Relation auf das blos Factische, und ein vollständiges Resumiren der Verhandlungen zu beschränken, ohne daß der Referent einen rechtlichen Theil und seine Meinung mittheilte, hat wichtige Gründe für sich, da sonst leicht der Referent die übrigen Mitglieder mit vorgefaßter Meinung erfüllt, ein ernstliches Nachdenken und umsichtiges Abwägen aller Punkte hindert, indem der Votant nur dem Referenten beizustimmen braucht, weil auch von jedem Richter erwartet werden darf, daß er, wenn er die Verhandlungen vollständig kennt, die rechtlichen Folgerungen daraus leicht ableiten könne, obwohl nicht zu läugnen ist, daß dann, wenn alle Gerichtsmitglieder kenntnißreich und pflichtliebend sind, durch den Referenten, der zu Hause in ernstem Studium am besten alle Gründe für und wider abwägen, alle literarischen Hülfsmittel benützen und daher vollständig sich vorbereiten konnte, eine zweckmäßige Berathung, eine sichere Grundlage durch das Votum des Referenten mit allen Gründen enthält. Wo öffentlich die Stimmen abgegeben werden, scheint die französische Einrichtung den Vorzug zu verdienen.

4) Vorzüglich verdient noch die Grundidee der französischen Urtheilsfällung Nachahmung, daß nämlich nicht eine einzige Form derselben gesetzlich ist,

sondern daß es vom Gerichte abhängt, nach Beschaffenheit des Falles zu bestimmen, durch welche Mitel das Gericht die vollständige Berathung und gerechteste Beurtheilung sich möglich machen will. Es soll Regel seyn, daß nach dem geschlossenen Vortrage des Referenten das Urtheil sogleich in der nämlichen Sitzung öffentlich ausgesprochen werde, ohne daß es dem Gerichte benommen wird, die Anwendung einer anderen von den oben angegebenen Formen zu verordnen.

5) Eine zweckmäßige Einrichtung möchte es seyn, wenn den Partheien verstattet würde, an einem für die einfachen Prozesse bestimmten Sitzungstage sich unmittelbar in die Sitzung vorzuladen, dort ihre Gründe wechselseitig vorzutragen, worauf erst das Gericht entscheidet, ob es auf diese Verhandlung hin schon ein Urtheil fällen könne, welches dann auch sogleich ausgesprochen wird, oder ob das Gericht noch eine vollständigere Verhandlung fodert, in welchem Falle entweder die Partheien auf den nächsten Gerichtstag wieder vorgeladen, oder zur schriftlichen Verhandlung ihres Prozesses angewiesen werden können.

6) Vor dem Ausspruche des Urtheils zieht sich das Gericht in das Berathungszimmer zurück; aus überwiegenden Gründen ist eine geheime, auch im älteren deutschen Rechte bekannte, Berathung zu billigen [18], dagegen 7) entspricht es der Würde und dem Ansehen der Gerechtigkeit, begründet das Vertrauen der Bürger zu dem Gerichte, liefert die beste Controle, entfernt alle Unregelmäßigkeiten, wenn das Abstimmen selbst öffentlich geschieht, was

18) v. Feuerbach, Betrachtungen über die Oeffentlichkeit. S. 127.

in den germanischen Prozessen immer der Fall war, und in der liberaleren Zeit des französischen Rechts, nach der Revolution eingeführt wurde [19]), obwohl dies später wieder abgeändert wurde. Von den neueren Gesetzbüchern hat nur das bernische [20]) die alte Sitte der öffentlichen Abstimmung wiederbelebt, und die Nothwendigkeit derselben hat mit unwiderlegbaren Gründen von Feuerbach vertheidigt [21]). Die Besorgnisse, daß für den Abstimmenden manche unangenehme Lage entstehen müßte, wenn er z. B. in Gegenwart des mächtigen Mannes seine Stimme gegen ihn abgeben müßte, daß leicht die Rachsucht gegen einzelne Richter geweckt würde, daß nicht jeder Richter im Stande wäre, so gut mündlich sich auszudrücken, daß daher leicht ein Richter, der ungeeignet sich benimmt, ein Gegenstand des Spottes werden könne, lassen sich leicht beseitigen, weil ein Richter, der nicht den Muth hat, die freie Ueberzeugung vor Jedem auszusprechen, nicht Richter zu seyn verdient, weil derjenige, welcher sich, durch Furcht eines Nachtheils, bestimmen läßt, ungerecht zu seyn, sich leicht auch durch die Hoffnung eines Vortheils dazu bestimmen lassen kann [22]), weil gar keine besondere Beredsamkeit dazu gehört, eine Ueberzeugung, worüber man voraus gehörig nachdenken konnte, auszusprechen, und weil der Richter, der umsichtig klar, ohne Leidenschaft,

---

19) Gesetz vom 3. Brumaire des Jahrs II.

20) Satz 2.

21) Betrachtungen über Oeffentlichkeit. S. 130.

22) Bericht der Civilgesetzgebungs-Commission über die Bemerkungen, welche über den revidirten Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren eingelangt sind. (Bern 1821) S. 21.

unpartheiisch öffentlich seine Stimme abgiebt, viel weniger wagt, als derjenige, von dem die Parthei blos auf den bekanntlich sehr einfachen Wegen, erfahren hat, daß der Richter in geheimer Sitzung gegen sie gestimmt habe.

8) Jedes Urtheil wird mit den Entscheidungsgründen öffentlich vom Gerichtsvorstande in der Sitzung ausgesprochen; die Redaktion des Urtheils liegt, nach dem obigen Vorschlage, dem Referenten oder einem hiezu ernannten Richter ob.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Mainz,
gedruckt bei Florian Kupferberg.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Mittermaier, Carl Joseph Anton,

Der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß in Vergleichung mit dem preuß
ischen und französischen Civilverfahren und mit den neuesten Fortschritten
der Prozeßgesetzgebung
Bd.: 2

Bonn 1827

J.pract. 183 o-1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554433-0